GENERALINIO ADVOKATO
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA IŠVADA,
pateikta 2016 m. sausio 21 d.[1]

Byla C-27/15

Pippo Pizzo ir kiti
prieš
CRGT srl

(Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Viešieji pirkimai — Direktyva 2004/18 — Dalyvavimas konkurse — Galimybė remtis kitų įmonių pajėgumais siekiant atitikti būtinus reikalavimus — Nesumokėtas mokestis, kuris nebuvo aiškiai numatytas — Konkurso dalyvio pašalinimas“

1. Šiuo prašymu priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismui suteikiama dar viena galimybė papildyti savo praktiką, susijusią su viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūromis, konkrečiai su Direktyva 2004/18/EB[2].

2. Pirma, dar kartą keliamas klausimas dėl to, ar konkurso dalyvis gali remtis trečiųjų asmenų pajėgumais, kad įvykdytų dalyvavimo viešojo pirkimo konkurse sąlygas; tai yra problema, kurią sąlygiškai paprasta išspręsti atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką.

3. Antra, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kelia sudėtingesnį klausimą ir siekia išsiaiškinti, ar įmanoma, kad konkrečios dalyvavimo viešojo pirkimo konkurse sąlygos nebūtų aiškiai nurodytos nei pranešime apie pirkimą, nei specifikacijose, bet jas būtų galima suprasti iš visuotinai taikomų nacionalinės teisės nuostatų.

4. Dėl antrosios problemos siūlau Teisingumo Teismui aiškiau taikyti savo praktiką, susijusią su būtinybe konkurso bylos medžiagoje aiškiai išdėstyti visas sutarties sudarymo sąlygas. Šiuo tikslu remsiuosi logika, kuri, mano nuomone, būdinga „deramai informuoto ir įprastai rūpestingo konkurso dalyvio“ kriterijui, atskleidžiančiam šios teismo praktikos esmę.

1 — Originalo kalba: ispanų.

2 — 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132).

I – **Teisinis pagrindas**

A – *Sąjungos teisė*

1. Direktyva 2004/18

5. Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje nurodyta, kad „perkančiosios organizacijos ūkio subjektams taiko vienodas sąlygas, jų nediskriminuoja ir veikia skaidriai“.

6. Minėtos direktyvos 47 straipsnyje numatyta:

1. Ūkio subjekto ekonominė ir finansinė padėtis, kaip bendra taisyklė, gali būti įrodyta vienu arba keliais dokumentais:

a) atitinkamomis bankų pažymomis arba, jei reikia, atitinkamos profesinės rizikos civilinės atsakomybės draudimo įrodymais;

b) pateikiant balansus arba išrašus iš balansų, jei pagal valstybės, kurioje įsisteigęs ūkio subjektas, teisę yra reikalaujama skelbti balansus;

c) pažyma apie įmonės bendrą apyvartą ir, jei reikia, esamą apyvartą srityje, kurią apima sutartis <...>.

2. Prireikus konkrečios sutarties atveju ir kai tai yra tinkama, ūkio subjektas gali remtis kitų ūkio subjektų pajėgumais nepriklausomai nuo to, kokio teisinio pobūdžio būtų jo ryšiai su šiais subjektais. Šiuo atveju ūkio subjektas privalo įrodyti perkančiajai organizacijai, kad vykdant sutartį reikalingi ištekliai jam bus prieinami, pateikdamas, pavyzdžiui, tų ūkio subjektų įsipareigojimą jam suteikti būtinus išteklius.

<...>“

7. Pagal Direktyvos 2004/18 48 straipsnį:

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

<...>

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.

<...>“

2. Direktyva 2014/24/ES [3]

8. Pagal Direktyvos 2014/24/ES 63 straipsnį:

„1. <…> kriterijų, susijusių su ekonomine ir finansine būkle, ir <…> 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. <…> 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.

<...>

Kai ekonominės veiklos vykdytojas remiasi kitų subjektų pajėgumu kriterijų, susijusių su ekonomine ir finansine būkle, atžvilgiu, perkančioji organizacija gali reikalauti, kad ekonominės veiklos vykdytojas ir tie subjektai būtų bendrai atsakingi už sutarties įvykdymą.

<...>

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, o kai pasiūlymą teikia 19 straipsnio 2 dalyje nurodyta ekonominės veiklos vykdytojų grupė – tos grupės dalyvis.“

B – *Nacionalinė teisė*

1. 2006 m. balandžio 12 d. Įstatyminis dekretas Nr. 163 [4]

9. Įstatyminio dekreto Nr. 163 48 straipsnyje nustatyta:

„1. Konkurso dalyvis, vienas ar susijungęs į konsorciumą ar grupę su kitais ūkio subjektais pagal 34 straipsnį viešojo darbų, paslaugų ar prekių pirkimo konkurse, gali būti pripažintas turinčiu ekonominių, finansinių, techninių ir organizacinių pajėgumų, t. y. gauti SOA <...> atestatą, remdamasis kito ūkio subjekto pajėgumais ar kito asmens SOA atestacija.“

<...>

6. Darbams konkurso dalyvis gali remtis tik vienos pagalbinės įmonės pajėgumais dėl kiekvienos konkrečios kvalifikacijos kategorijos. Skelbimu apie konkursą gali būti leidžiama pasinaudoti kelių pagalbinių įmonių pajėgumais atsižvelgiant į viešojo pirkimo sutarties sumą arba darbų specifiką <…>.“

3 — 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (OL L 94, p. 65).

4 — 2006 m. balandžio 12 d. Įstatyminis dekretas Nr. 163 dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių, kurioms taikomos direktyvos 2004/17/EB ir 2004/18/EB, kodekso (*decreto legislativo n.163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) (GURI, Nr. 100, paprastasis priedas Nr. 107, 2006 m. gegužės 2 d.), iš dalies pakeistas 2008 m. rugsėjo 11 d. Įstatyminiu dekretu Nr. 152 (GURI, Nr. 231, paprastasis priedas Nr. 277, 2008 m. spalio 2 d.) (toliau – Įstatyminis dekretas Nr. 163/2006).

2. 2005 m. gruodžio 23 d. Įstatymas Nr. 266 [5]

10. Įstatymo Nr. 266/2005 1 straipsnio 67 dalies pirmoje pastraipoje numatyta: „viešųjų darbų priežiūros institucija <…> kasmet nustato mokesčio sumą, kurią turėti sumokėti jos prižiūrimi viešieji ir privatūs asmenys, taip pat mokesčių surinkimo tvarką, įskaitant ūkio subjektų pareigą sumokėti mokestį kaip pasiūlymo pateikimo sąlygą vykstant viešojo darbų pirkimo konkurso procedūrai“.

II – **Faktinės aplinkybės**

11. 2012 m. lapkričio mėn. *Autorità Portuale di Messina* (Mesinos uostų tarnyba, toliau – Tarnyba) Europos lygiu pradėjo atvirą viešojo pirkimo konkurso procedūrą, skirtą ketveriems metams sudaryti sutartį dėl šiukšlių ir krovinių liekanų laivuose, įplaukiančių į jos administruojamą teritoriją, tvarkymo. Iki tol šią paslaugą teikė bendrovė *CRGT slr* (toliau – CRGT).

12. Sutartis buvo sudaryta su laikina įmonių grupe, kurią sudarė bendrovės *Pippo Pizzo* ir *Onofaro Antonino* (toliau kartu – *Pizzo*), po to, kai kitos konkuruojančios įmonės (tarp kurių ir CRGT) buvo pašalintos iš konkurso dėl to, kad *Autorità di vigilanza dei contratti pubblici* (Viešojo pirkimo priežiūros tarnyba, toliau – AVCP) nesumokėjo Įstatyme Nr. 266/2005 numatyto mokesčio, kuris yra atitinkamų jų pasiūlymų priimtinumo sąlyga.

13. Dėl pašalinimo CRGT pareiškė ieškinį *Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezzione staccata di Catania, Sala IV* (Sicilijos regiono administracinis teismas, Katanijos skyrius, ketvirtoji kolegija, toliau – TAR). *Pizzo* pateikė priešpriešinį ieškinį, jame nurodė, jog CRGT turėjo būti pašalinta dar ir dėl to, kad pateikė tik vieną iš dviejų banko pažymų, reikalaujamų tam, kad būtų įrodytas jos ekonominis ir finansinis pajėgumas.

14. TAR tenkino CRGT ieškinį, nusprendęs, kad ši bendrovė neturėjo būti pašalinta iš konkurso, nes: a) nei skelbime apie konkursą, nei specifikacijose nebuvo nurodyta, kad turi būti sumokėtas Įstatyme Nr. 266/2005 numatytas mokestis; b) šis mokestis susijęs tik su viešaisiais darbais, bet ne su paslaugų teikimo sutartimis; ir c) pareigos sumokėti šį mokestį taikymas paslaugų teikimo sutartims galimas tik pasirinkus platų Įstatymo Nr. 266/2005 aiškinimą, kuris, remiantis atmetimo sąlygų išsamumo principu, negali pakenkti konkurso dalyviams, nekaltai maniusiems, jog ginčijamas mokestis šiuo atveju neturėjo būti mokamas.

15. Be to, TAR atmetė *Pizzo* priešpriešinį ieškinį ir nurodė, kad CRGT galėjo remtis, kaip ji ir padarė, pagalbinės įmonės, su kuria šiuo tikslu buvo sudariusi sutartį, ekonominiais ir finansiniais pajėgumais.

16. *Pizzo* pateikė apeliacinį skundą *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana* (Sicilijos regiono administracinės justicijos taryba, toliau – *Consiglio*) (Italija); CRGT jį ginčijo vėl remdamasi kitais motyvais, kuriuos jau buvo išdėsčiusi ieškinyje ir kurie neturi reikšmės šiai bylai.

17. Šiomis aplinkybėmis *Consiglio* nusprendė pateikti Teisingumo Teismui prejudicinius klausimus.

5 — 2006 m. Finansų įstatymas (*Legge finanziaria 2006*) (GURI, Nr. 302, paprastasis priedas Nr. 211, 2005 m. gruodžio 29 d., toliau – Įstatymas Nr. 266/2005).

III – **Prejudiciniai klausimai**

18. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teisme buvo užregistruotas 2015 m. sausio 22 d., jis suformuluotas taip:

„1. Ar 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo 47 ir 48 straipsniai aiškintini taip, kad pagal juos draudžiama nacionalinės teisės norma, kaip antai apibūdinta Italijos teisės norma, pagal kurią leidžiama fragmentiškai remtis kitų ūkio subjektų pajėgumais paslaugų srityje, kaip kad nurodyta pirmiau?

2. Ar su Europos Sąjungos teisės principais, būtent teisėtų lūkesčių apsaugos, teisinio saugumo ir proporcingumo principais, nesuderinama valstybės narės teisės sistemos taisyklė, pagal kurią leidžiama iš viešojo pirkimo procedūros pašalinti įmonę, neįvykdžiusią (nes konkurso dokumentuose aiškiai nebuvo nurodyta) pareigos (už kurios neįvykdymą numatyta sankcija – pašalinimas) sumokėti tam tikrą sumą, kad galėtų dalyvauti per minėtą procedūrą, nepaisant to, kad apie tos pareigos egzistavimą negalima aiškiai spręsti iš valstybėje narėje galiojančio įstatymo teksto, tačiau galima suprasti atliekant dvigubą teisinę operaciją, t. y. pirma, plačiai aiškinant tokias tos pačios valstybės narės pozityviosios teisės nuostatas ir, antra, vėliau užpildant imperatyvių nuostatų spragas konkursą reglamentuojančiuose dokumentuose, remiantis tokiu plačiu aiškinimu?“

19. Dėl pirmojo klausimo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad Direktyva 2014/24 galėjo būti apribota galimybė remtis trečiųjų asmenų pajėgumais siekiant atitikti dalyvavimo viešojo pirkimo konkurse kriterijus.

20. Dėl antrojo klausimo *Consiglio* kelia klausimą, ar dėl teisėtų lūkesčių apsaugos, proporcingumo ir teisinio tikrumo principų, taip pat dėl suinteresuotumo tuo, kad kuo daugiau įmonių dalyvautų per procedūrą, perkančioji organizacija turėtų suteikti atitinkamai įmonei trumpą terminą nesumokėtam mokesčiui sumokėti, ar ne.

IV – **Procesas Teisingumo Teisme ir šalių argumentai**

21. Italijos vyriausybė ir Komisija įstojo į bylą ir pateikė pastabas raštu.

A – *Pirmasis klausimas*

22. Vyriausybė mano, kad pirmojo klausimo priimtinumas yra abejotinas, nes prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas neaprašė „faktinių prielaidų“, kuriomis šis klausimas grindžiamas ir nei Teisingumo Teismui, nei šalims nesuteikė priemonių, būtinų pozicijai dėl iškeltos problemos suformuoti.

23. Italijos vyriausybei nuoroda į Direktyvą 2014/24 yra nesvarbi, nes ši direktyva netaikytina šioje byloje, o jos perkėlimo į nacionalinę teisę terminas dar nepasibaigęs. Bet kuriuo atveju Italijos vyriausybė mano, kad, kalbant apie teisę remtis trečiųjų asmenų pajėgumais, Direktyva 2014/24 nėra mažiau palanki nei Direktyva 2004/18.

24. Dėl esmės Italijos vyriausybė mano, kad įmanoma išspręsti problemą atsižvelgiant į Sprendime *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino* [6] išdėstytus principus; minėtas spendimas priimtas byloje, kuri teisiniu požiūriu iš esmės nesiskiria nuo nagrinėjamos bylos.

6 — Sprendimas *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, toliau – byla *Swm Costruzioni*.

25. Taigi Italijos vyriausybė mano, kad nėra jokio Direktyvos 2004/18 ir nacionalinės teisės nuostatų, įtvirtintų Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 49 straipsnyje, nesuderinamumo.

26. Komisija, kaip ir Italijos vyriausybė, mano, kad atsakymas į pirmąjį klausimą išplaukia iš minėtame Sprendime *Swm Costruzioni* suformuluotos teismo praktikos. Teisingumo Teismas pripažino, kad ūkio subjektas gali remtis ne tik savo, bet ir vieno arba kelių trečiųjų asmenų pajėgumais siekdamas atitikti perkančiosios organizacijos nustatytus kriterijus, kurių jis vienas negalėtų atitikti.

27. Dėl Direktyvos 2014/24 Komisija taip pat pritaria Italijos vyriausybei ir nurodo, kad šiuo atveju ji netaikoma *ratione temporis*.

28. Taigi Komisija daro išvadą, kad Direktyvos 2004/18/EB 47 ir 48 straipsniai turi būti aiškinami taip, jog pagal juos nedraudžiama tokia nacionalinės teisės norma, kaip nurodytoji prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo.

B – *Antrasis klausimas*

29. Dėl antrojo klausimo pažymėtina, kad Italijos vyriausybė neįžvelgia jokio sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodytų principų pažeidimo. Italijos vyriausybė nurodo, kad Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 46 straipsnio 1*bis* dalyje kaip atmetimo sąlygos nurodytos minėtame dekrete, skelbime apie pirkimą ir „kitose galiojančiose teisės nuostatose“ numatytos sąlygos. Todėl ji laikosi nuomonės, jog tai, kad *lex specialis* nenumatyta, jog viena iš atmetimo sąlygų yra mokesčio AVCP nesumokėjimas, nelaikytina aplinkybe, galinčia pateisinti konkurso dalyvio pareigų neįvykdymą. Konkurso dalyvis privalo žinoti visas taisykles, sudarančias privalomų atmetimo sąlygų visumą, kurios užpildo skelbimo apie viešąjį pirkimą spragas.

30. Be kita ko, Italijos vyriausybė mano, kad konkurso dalyviai negali ištaisyti savo pasiūlymų trūkumų praėjus skelbime apie pirkimą nustatytai datai, nes su pasiūlymu susiję duomenys gali būti taisomi arba papildomi atskirais atvejais taip, kaip nurodyta Sprendime *Manova*[7]. Perkančioji organizacija gali leisti kandidatams užpildyti tam tikras su subjektyviomis dalyvavimo sąlygomis susijusias spragas, tačiau negali leisti sumokėti nesumokėto mokesčio. Dėl tokio leidimo sumokėti būtų įvykdyta – jau pasibaigus nustatytam galutiniam terminui pasiūlymui pateikti – dalyvavimo sąlyga, kuri nebuvo įvykdyta laiku, ir taip būtų pažeisti vienodo požiūrio, nešališkumo ir skaidrumo principai.

31. Italijos vyriausybės nuomone, įrodyti, kad konkurso dalyvis iš tikrųjų įvykdė dalyvavimo sąlygą, jam gali būti leista tik tada, jei pareigos neįvykdymas, dėl kurio jam priekaištaujama, yra visiškai formalus (sumokėjimas kitokiu nei priežiūros institucijos reikalaujamu būdu arba įrodymo, kad buvo sumokėta tinkamai ir laiku, nepateikimas).

32. Todėl Italijos vyriausybė į antrąjį klausimą siūlo atsakyti taip, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nurodyti principai nedraudžia nacionalinės teisės normų, pagal kurias leidžiama iš viešo paslaugų pirkimo procedūros pašalinti konkurso dalyvį, neįvykdžiusį pareigos, kuri aiškiai nenumatyta susijusios valstybės narės įstatyme dėl aptariamos viešųjų pirkimų rūšies, tačiau kurią galima suprasti iš ne kartą pateikto šios valstybės narės tam tikrų nacionalinės teisės nuostatų išaiškinimo, kurį suformulavo šios valstybės narės administracinės institucijos.

7 — Sprendimas *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, 32 punktas.

33. Komisija savo ruožtu mano, kad antrasis klausimas konkrečiai susijęs su vienodo požiūrio principo ir skaidrumo pareigos išaiškinimu. Jos nuomone, šie principai reiškia, jog perkančioji organizacija privalo aiškiai nurodyti viešojo pirkimo konkurso sąlygas, kad visi deramai informuoti ir įprastai rūpestingi konkurso dalyviai galėtų apie jas žinoti. Be kita ko, Komisija nurodo, kad Direktyvoje 2004/18/EB aiškiai numatyta, kad pašalinimo iš konkurso sąlygos turi būti nurodytos skelbime apie pirkimą.

34. Komisija mano, kad šie reikalavimai laikomi neįvykdytais, kai procedūriniai įsipareigojimai, dėl kurių neįvykdymo pašalinama iš konkurso (šiuo atveju tai yra mokesčio nesumokėjimas nacionalinei administracinei institucijai), nėra aiškiai numatyti nei viešojo pirkimo konkurso dokumentuose, nei pozityviojoje nacionalinėje teisėje, ir juos galima suprasti tik iš plataus tokios teisės aiškinimo, kuriuo remiantis būtų galima užpildyti tokių dokumentų spragas. Komisijos nuomone, tokia situacija ypač nepalanki ne tik nacionaliniams, bet ir kitose valstybėse narėse įsteigtiems ūkio subjektams, kurie susiduria su grėsme atsidurti mažiau palankioje padėtyje.

35. Be to, Komisija mano, kad vienodo požiūrio ir proporcingumo principai turi būti aiškinami taip, kad pagal juos nedraudžiama suteikti ūkio subjektui galimybę įvykdyti ginčijamą mokėjimo pareigą per perkančiosios organizacijos nustatytą terminą.

V – **Vertinimas**

A – *Pirmasis klausimas*

36. Italijos vyriausybė mano, kad šio klausimo priimtinumas abejotinas, tačiau nesiūlo pripažinti jo nepriimtinu. Iš tikrųjų nėra priežasčių iš karto atmesti abejones, kurios prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui kyla dėl to, ar su Direktyvos 2004/18 47 ir 48 straipsniais suderinami nacionaliniai teisės aktai, pagal kuriuos, vykstant viešojo paslaugų pirkimo konkurso procedūrai, ūkio subjektui leidžiama fragmentiškai remtis trečiųjų asmenų pajėgumais siekiant atitikti dalyvavimo per viešojo pirkimo konkurso procedūrą kriterijus.

37. Pritariu Italijos vyriausybei ir Komisijai, kad šiuo atveju taikytina Teisingumo Teismo praktika, suformuota Sprendime *Smw Costruzioni*, nes abiejose bylose nagrinėjami iš esmės tapatūs teisės klausimai.

38. Teisingumo Teismas Sprendime *Smw Costruzzioni* nusprendė, kad pagal Direktyvos 2004/18 47 straipsnio 2 dalį ir 48 straipsnio 3 dalį „iš principo nedraudžia[ma] kandidatams remtis kelių kitų ūkio subjektų pajėgumais įrodant atitiktį minimaliems pajėgumo reikalavimams. *A fortiori* minėtose nuostatose nėra jokio principinio draudimo kandidatams kartu su savo pajėgumais nurodyti ir vieno ar kelių kitų ūkio subjektų pajėgumus, kad būtų tenkinami perkančiosios organizacijos nustatyti reikalavimai“ [8].

39. Teisingumo Teismui kelių ūkio subjektų pajėgumų sumavimas, kad būtų tenkinami minimalūs perkančiosios organizacijos nustatyti pajėgumo reikalavimai, nėra besąlyginis ir yra galimas, „jei [perkančiajai organizacijai] įrodoma, kad kandidatas ar dalyvis, kuris remiasi kito ar kitų ūkio subjektų pajėgumais, iš tikrųjų galės pasinaudoti jų pajėgumais, kurie būtini sutarčiai“ [9].

8 — Byla C-94/12, EU:C:2013:646, 30 punktas.

9 — Byla C-94/12, EU:C:2013:646, 33 punktas.

40. Tiesa, Teisingumo Teismas neatmeta, kad „yra tokių darbų, kuriems dėl jų išskirtinumo reikalingi tam tikri pajėgumai, kurių neįmanoma pasiekti susumavus mažesnius kelių ūkio subjektų pajėgumus“ [10], ir kad tokiu atveju pagrįsta „reikalauti, kad minimalius atitinkamo pajėgumo reikalavimus atitiktų vienas ūkio subjektas arba tam tikrais atvejais ribotas skaičius ūkio subjektų, kaip tai numatyta Direktyvos 2004/18 44 straipsnio 2 dalies antroje pastraipoje, kai toks reikalavimas yra susijęs su atitinkamos sutarties dalyku ir jam proporcingas“ [11]. Vis dėlto Teisingumo Teismas mano, kad „toks atvejis yra išimtinis“ [12], todėl „Direktyv[oje] 2004/18 draudžiama minėtą reikalavimą nacionalinėje teisėje nustatyti kaip bendrą taisyklę, kaip tai daroma Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 49 straipsnio 6 dalies nuostat[oje]“ [13].

41. Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, į *Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana* klausimą galima atsakyti taip, kaip suformuluotas Europos Teisingumo Teismo atsakymas byloje *Smw Costruzioni*. Be to, reikia nurodyti, kaip tai daro Komisija [14], jog nagrinėjama byla nelaikytina išimtiniu atveju, kuris pagal Sprendimo *Smw Costruzioni* 35 punktą „leistų reikalauti, kad minimalius atitinkamo pajėgumo reikalavimus atitiktų vienas ūkio subjektas“, nes nagrinėjamas pajėgumas yra visiškai ekonominio pobūdžio.

42. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, jog, be to, kas matyti iš Direktyvos 2004/18, Direktyvoje 2014/24 galėjo būti nustatyti dar didesni galimybės pasinaudoti trečiųjų asmenų pajėgumais tam, kad būtų įvykdyti konkurso kriterijai, apribojimai. Italijos vyriausybė ir Komisija laikosi nuomonės, kad pastaroji direktyva šiuo atveju netaikytina. Šiam vertinimui visiškai pritariu.

43. Pats prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pripažįsta, kad Direktyvos 2014/24 perkėlimo į nacionalinę teisę terminas dar nepasibaigęs (o tai yra pakankamas pagrindas jos netaikyti šioje byloje), tačiau „nurodo nacionalinių teismų pareigą iš visų galimų nacionalinės teisės aiškinimų pasirinkti ir taikyti tik tuos, kurie suderinami su Sąjungos teisės nuostatomis, turimomis būti perkeltomis į nacionalinę teisę“ [15].

44. Pagal Teisingumo Teismo praktiką valstybės narės įpareigojamos „nepriimti nuostatų, kurios galėtų smarkiai pakenkti direktyvoje numatytam rezultatui“ per jai perkelti į nacionalinę teisę nustatytą terminą [16], tačiau nacionaliniai teismai neįpareigojami pateikti tokio nacionalinės teisės aiškinimo, visiškai atitinkančio direktyvą, kurios perkėlimo į nacionalinę teisę terminas dar nėra pasibaigęs.

45. Be to, diskutuotinas prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo vertinimas, kad galimybė remtis trečiųjų asmenų pajėgumais Direktyvoje 2014/24 ribojama griežčiau nei Direktyvoje 2004/18; tačiau nemanau, kad šį klausimą reikia analizuoti išsamiau, nes jis nesvarbus bylos sprendimui.

46. Todėl manau, kad pagal Direktyvos 2004/18 47 ir 48 straipsnius nedraudžiami nacionalinės teisės aktai, kuriais, esant šioje byloje nagrinėjamoms aplinkybėms, leidžiama fragmentiškai remtis kitų įmonių pajėgumais siekiant atitikti atrankos kriterijus.

10 — Byla C-94/12, EU:C:2013:646, 35 punktas.

11 — *Loc. ult. cit.*

12 — Byla C-94/12, EU:C:2013:646, 36 punktas.

13 — *Loc. ult. cit.*

14 — Komisijos pastabų 30 punktas.

15 — Nutarties, kuria teikiamas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, C1 punktas.

16 — Byla *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, 45 punktas.

B – *Antrasis klausimas*

47. Antrasis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimas atrodo keblesnis. Tai liudija Italijos vyriausybės ir Komisijos pateiktų nuomonių skirtumai. Pirmoji tvirtina, kad pašalintas ūkio subjektas negalėjo nežinoti ginčijamos pareigos privalomumo (išankstinio mokesčio sumokėjimo AVCP), o antroji mano, kad reikalauti įvykdyti šią pareigą galima tik tada, kai ji aiškiai nurodyta viešojo pirkimo konkurso dokumentuose arba numatyta galiojančioje pozityviojoje teisėje.

48. Manau, kad iš tikrųjų šios dvi nuomonės yra daug panašesnės, nei galėtų atrodyti. Italijos vyriausybė remiasi ginčijamos pareigos žinojimo, o Komisija remiasi šios pareigos viešumo kriterijumi. Galiausiai tai yra dvi viena kitą papildančios perspektyvos, nes pareigos viešumas leidžia jai būti žinoma, o šios pareigos žinojimas įmanomas (ir reikalaujamas) tik tada, jei apie ją tinkamai paskelbta.

49. Savo praktikoje Teisingumo Teismas pažymėjo, kad „visos sutarties sudarymo procedūros sąlygos ir taisyklės turi būti suformuluotos aiškiai, tiksliai ir nedviprasmiškai, kad leistų visiems deramai informuotiems ir rūpestingiems konkurso dalyviams suprasti jų tikslią reikšmę ir jas aiškinti vienodai, o perkančiajai organizacijai – veiksmingai patikrinti, ar konkurso dalyvių pasiūlymai atitinka konkrečiam pirkimui taikomus kriterijus“ [17].

50. „Aiškaus, tikslaus ir nedviprasmiško“ paskelbimo pareiga nustatyta, pirma, vienodo požiūrio principu, pagal kurį „dalyviai turi turėti vienodas galimybes suformuluoti savo pasiūlymus, o tai reiškia, kad visų dalyvių pasiūlymams turi būti taikomos vienodos sąlygos“ [18], ir, antra, skaidrumo principu, kuriuo siekiama „užkirsti kelią perkančiosios organizacijos favoritizmui ir savivalei“ [19]. Šie vienodo požiūrio ir skaidrumo principai yra Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje nurodyti „sutarčių sudarymo principai“, kurių turi laikytis perkančiosios organizacijos.

51. Taigi nekyla abejonių, kad konkurso dalyviai turi žinoti viešojo pirkimo konkurso sąlygas, nes tai būtina vadovaujantis elementariais lygybės ir skaidrumo reikalavimais. Tačiau galima diskutuoti, kiek skelbime apie viešąjį pirkimą ir specifikacijose turi būti aiškiai pateiktos *visos* dalyvavimo sąlygos; ar atvirkščiai, tam tikros bendro pobūdžio sąlygos gali būti laikomos žinomomis, nors minėtuose dokumentuose jos nėra aiškiai nurodytos.

52. Kadangi sąlygų paskelbimo pareigos tikslas yra leisti „visiems deramai informuotiems ir įprastai rūpestingiems konkurso dalyviams“ suprasti šių sąlygų reikšmę ir apimtį, manau, būtų nelogiška įpareigoti perkančiąsias organizacijas taip pat patikslinti bendro pobūdžio nuostatose įtvirtintas sąlygas, kurių „deramai informuoti ir įprastai rūpestingi konkurso dalyviai“ negali nežinoti. Manau, kad, pavyzdžiui, civilinėje ir komercinėje teisėje įtvirtintas elementarias sąlygas, susijusias su juridinių asmenų ir bendrovių teisnumu, turi žinoti visi ūkio subjektai ir kad nė vienas ūkio subjektas negali reikalauti, kad jos būtų aiškiai ir išsamiai išdėstytos viešojo pirkimo dokumentuose.

53. Žinoma, gali kilti abejonių dėl kitų, mažiau „akivaizdžių“ arba, kitaip tariant, mažiau „logiškų“ ir „natūralių“ sąlygų, kurių nežinojimas vis dėlto būtų neatleistinas deramai informuoto ir rūpestingo konkurso dalyvio atveju. Manau, kad rūpestingumo ir informuotumo lygis, kurio galima pagrįstai tikėtis iš konkurso dalyvio, yra lemiamas kriterijus, siekiant tinkamai suvokti Direktyvos 2004/18 2 straipsnio esmę ir aiškinti lygybės bei skaidrumo principus, kaip tai šiuo atveju pateikia Bendrasis Teismas [20].

17 — Byla *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, 44 punktas, kuriame nurodomi Sprendimo *Komisija / CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, 108–111 punktai.

18 — *Loc. ult. cit.*

19 — *Loc. ult. cit.*

20 — Be minėtų sprendimų *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) ir *Komisija / CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236), galima, be kita ko, paminėti bylas *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553), *La Cascina ir kt.* (C-226/04 ir C-228/04, EU:C:2006:94), *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647) ir *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166).

54. Savo rašytinėse pastabose Italijos vyriausybė tvirtino [21], kad Įstatyminio dekreto Nr. 163/2006 46 straipsnio 1*bis* dalyje atmetimo kriterijais, be tų, kurie numatyti minėtame dekrete ir skelbime apie pirkimą, laikomi kiti kriterijai, numatyti „kituose galiojančiuose teisės aktuose“. Tarp šių „kitų teisės aktų“ galima rasti susijusių su mokestinėmis visiems konkurso dalyviams bendromis mokėjimo pareigomis, kurių jie privalo laikytis, nes priešingu atveju būtų pašalinti iš viešojo pirkimo konkurso.

55. Konkrečiai Direktyvos 2004/18 27 straipsnio 1 dalyje nereikalaujama, kad specifikacijose būtų išsamiai aprašytos visos „valstybėje narėje galiojančios pareigos, susijusios su mokesčiais, aplinkos apsauga, darbo sauga ir darbo sąlygomis“. Konkurso dalyviai arba kandidatai negali būti atleisti nuo šių pareigų (kurių nežinojimas gali lemti jų pašalinimą) vien dėl to, kad jos aiškiai neišdėstytos viešojo pirkimo konkurso dokumentuose.

56. Klausimas, ar mokesčio AVCP nesumokėjimas dėl jo ypatybių gali būti kvalifikuojamas kaip mokestinė pareiga plačiąja prasme, turi būti išspręstas Italijos teisėje, kaip ją aiškina jos pačios teismai. Aiškindami Italijos teisę Italijos teismai taip pat turi nustatyti subjektyviąją ir objektyviąją Įstatymo Nr. 266/2005 1 straipsnio 65 ir 67 dalių, susijusių su mokesčiu, dėl kurio nesumokėjimo CRGT buvo pašalinta iš viešojo pirkimo konkurso, apimtį ir patvirtinti arba paneigti šių nuostatų išaiškinimą, pateiktą institucijos, kuriai atitinkamas mokestis yra skirtas.

57. Manau, kad Teisingumo Teismas neturėtų veltis į, mano nuomone, visiškai vidaus pobūdžio ginčus, skirtus nustatyti, ar Italijos administracinės arba teisminės institucijos Įstatymo Nr. 266/2005 nuostatas aiškino daugiau ar mažiau plačiai. Jeigu, kaip matyti iš sprendimo pateikti prašymą priimti prejudicinį sprendimą, AVCP kelis kartus Įstatymą Nr. 266/2005 aiškino taip, kad pareiga mokėti mokestį galioja ir paslaugų sutartims, ir *Consiglio di Stato*, kaip teisminė institucija, tarianti paskutinį žodį aiškinant nacionalinę teisę, šią nuomonę patvirtino, reikia vadovautis tokiu aiškinimu.

58. Šie argumentai taikytini eliminuojamajam nesumokėto mokesčio poveikiui. Atsižvelgiant į bylos medžiagą pažymėtina, kad ir AVCP, ir teisminės institucijos, kurios vadovavosi šiuo kriterijumi, nusprendė, kad imperatyviose normose, bet ne viešojo pirkimo konkurso dokumentuose, numatytos pareigos sumokėti šį mokestį neįvykdymas neišvengiamai lemia pašalinimą iš viešojo pirkimo konkurso.

59. Visa tai rodo, kad aiškinimas, lėmęs Įstatymo Nr. 266/2005 1 straipsnio 65 ir 67 dalių taikymą paslaugų sutartims, buvo pateiktas praktikoje, kurios kompetentinga administracinė institucija, t. y. AVCP, laikėsi mažiausiai nuo 2008 m. Atrodo, kad aukščiausioji nacionalinė teisminė institucija tokį aiškinimą patvirtino savo praktikoje, kurios pradžia šiame procese nebuvo nurodyta. Bet kuriuo atveju logiška manyti, kad kalbama apie praktiką, kurią AVCP nuolat taikė visiems viešųjų pirkimų konkursams, susijusiems su paslaugų sutartimis (Italijos vyriausybė nurodo kelis tokio pobūdžio sprendimus, kuriuos AVCP priėmė per kelerius metus iš eilės). Galiausiai galima manyti, kad iš nagrinėjamos konkurso procedūros pašalintas ūkio subjektas (CRGT), anksčiau teikęs paslaugas, dėl kurių teikimo surengtas viešojo pirkimo konkursas, žinojo arba galėjo žinoti šią teismo praktiką.

60. Taigi, atsižvelgiant į šias išlygas, manytina, kad kalbama apie pašalinimo kriterijų, kuris nenumatytas nei skelbime apie pirkimą, nei specifikacijose, tačiau apie jį galima žinoti iš nusistovėjusio ir teismų patvirtinto teisės nuostatos aiškinimo. Pagal aiškinimą, kurio laikėsi AVCP ir kurį patvirtino teismai, nepriimtinais laikomi pasiūlymai, pateikti nesumokėjus šio mokesčio.

21 — 66 punktas.

61. Pripažįstu, kad galima manyti, jog ši sąlyga yra sunkiai identifikuojama, nes reikalavimas ją įvykdyti iš principo nesuderinamas su Teisingumo Teismo praktika šioje srityje. Vis dėlto manau, kad būtų galima argumentuoti kitaip, jei remtumėmės „deramai informuoto ir įprastai rūpestingo konkurso dalyvio kriterijumi“, net jeigu, kaip paaiškinsiu vėliau, Teisingumo Teismas nėra tas, kuris gali tai padaryti geriausiai.

62. Iš tikrųjų tik prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas gali nustatyti, ar konkretaus atvejo aplinkybėmis pašalintas konkurso dalyvis galėjo nežinoti Įstatymo Nr. 266/2005 aiškinimo ir jo taikymo tokios rūšies viešojo pirkimo konkursams praktikos, kurią patvirtina nusistovėjusi administracinė praktika, pagal kurią mokestį AVCP reikalaujama sumokėti ir paslaugų sutarčių atveju. Šiuo tikslu būtų naudinga, jei prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas patikrintų, ar pašalintas konkurso dalyvis dalyvavo viešojo pirkimo konkursuose, kuriems būdingos tokios pačios sąlygos ir kuriuose ginčijamą pareigą buvo reikalaujama įvykdyti remiantis AVCP taikomu Įstatymo Nr. 266/2005 išaiškinimu.

63. Pagaliau teismas turi nustatyti, ar AVCP ir *Consiglio di Stato* praktika yra pakankamai žinoma įmonių, dalyvaujančių viešojo pirkimo konkursuose, sektoriuje, kad būtų galima manyti, jog jos negalėjo nežinoti rūpestingas ir informuotas konkurso dalyvis.

64. Šis teiginys lemia kitą tvirtinimą, kuris, mano nuomone, svarbus kalbant apie vienodo požiūrio principą. Jei būtų konstatuota, kad paprastai dauguma konkurso dalyvių žino AVCP praktiką, todėl moka ginčijamą mokestį, konkretaus konkurso dalyvio atleidimas nuo šios pareigos būtų laikytinas diskriminacija.

65. Kaip pažymėjo Komisija [22], reikalavimas įvykdyti tokią sąlygą, kaip nagrinėjamoji, gali būti ypač nepalankus kitose valstybėse narėse įsisteigusiems konkurso dalyviams, kurių žinių apie nacionalinę teisę ir jos autentišką aiškinimą lygis negali būti lyginamas su nacionalinių konkurso dalyvių žinių lygiu. Deramai informuoto ir įprastai rūpestingo konkurso dalyvio kriterijus, kuris yra esminis mano siūlomam sprendimui, leidžia apeiti šį sunkumą, nes informuotumo ir rūpestingumo lygis kiekvienu atveju turi būti priderinamas prie atitinkamo konkurso dalyvio ypatybių, taigi šiuo atveju nežinojimas, kuris negali būti atleistinas CRGT, gali būti laikomas atleistinu kitoje valstybėje narėje įsteigtam konkurso dalyviui.

66. Galiausiai reikia išnagrinėti galimybę vėliau įvykdyti Įstatyme Nr. 266/2005 numatytą pareigą sumokėti mokestį, kuri nebuvo įvykdyta. Šiuo klausimu pritariu Komisijai ir manau, kad jeigu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pripažintų, jog deramai informuotas ir įprastai rūpestingas konkurso dalyvis galėjo nežinoti apie šios pareigos buvimą, perkančioji organizacija turėtų suteikti pašalintam konkurso dalyviui pakankamą terminą neįvykdytai pareigai įvykdyti. Ši pasekmė *sensu contrario* išplaukia iš Teisingumo Teismo praktikos, pagal kurią perkančioji organizacija neturi sutikti „su kokiais nors trūkumų, kurie remiantis aiškiomis konkurso dokumentų nuostatomis lemia asmens pašalinimą, ištaisymais“ [23]. Taip būtų būtent tada, kai neįvykdoma pareiga, apie kurią negalima sužinoti iš „aiškių viešojo pirkimo konkurso dokumentų nuostatų“.

67. Taigi pagal Sąjungos teisę nedraudžiama nacionalinės teisės norma, pagal kurią leidžiama iš viešojo pirkimo konkurso procedūros pašalinti konkurso dalyvį, neįvykdžiusį mokestinės pareigos, jeigu ši pareiga aiškiai nenurodyta nei skelbime apie viešąjį pirkimą, nei specifikacijose, tačiau apie ją galima sužinoti iš nusistovėjusio ir teismų patvirtinto taikytinos nacionalinės teisės normos išaiškinimo, ir

22 — Komisijos pastabų 38 punktas *in fine*.

23 — Byla *Cartiera del'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, 46 punktas.

jeigu šio išaiškinimo negali nežinoti deramai informuotas ir įprastai rūpestingas konkurso dalyvis, o tai turi nustatyti nacionalinis teismas. Jeigu pripažįstama, kad šios pareigos nežinojimas nėra neatleistinas, perkančioji organizacija turi suteikti pašalintam konkurso dalyviui pakankamą terminą trūkumui ištaisyti.

VI – **Išvada**

68. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į pateiktus prejudicinius klausimus:

1. 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo 47 ir 48 straipsniai aiškintini taip, kad pagal juos nedraudžiama nacionalinės teisės norma, pagal kurią teikiant paslaugas leidžiama fragmentiškai remtis kitų įmonių pajėgumais, kaip kad nurodyta pirmiau.

2. Sąjungos teisės principai, konkrečiai vienodo požiūrio ir skaidrumo principai, nedraudžia nacionalinės teisės normos, pagal kurią leidžiama iš viešojo pirkimo konkurso pašalinti konkurso dalyvį, neįvykdžiusį mokestinės pareigos, jeigu ši pareiga aiškiai nenurodyta nei skelbime apie viešąjį pirkimą, nei specifikacijose, tačiau apie ją galima sužinoti iš nusistovėjusio ir teismų patvirtinto taikytinos nacionalinės teisės normos išaiškinimo, ir jeigu šio išaiškinimo negali nežinoti deramai informuotas ir įprastai rūpestingas konkurso dalyvis, o tai turi nustatyti nacionalinis teismas. Jeigu pripažįstama, kad šios pareigos nežinojimas nėra neatleistinas, perkančioji organizacija turi suteikti pašalintam konkurso dalyviui pakankamą terminą trūkumui ištaisyti.