



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MICHALA BOBKA,
predstavljeni 24. novembra 2016¹

Zadeva C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
proti
Województwo Łódzkie**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni pritožbeni senat, Poljska))

„Direktiva 2004/18/ES — Načeli prepovedi diskriminacije in preglednosti — Dodatne informacije, ki jih ponudnik poda v zvezi z dobavami, na katere se ni skliceval v prvotni ponudbi — Možnost kombiniranja izkušenj dveh subjektov — Možnost [subjekta], da se sklicuje na izkušnje, ki jih je pridobil kot član skupine podjetij — Možnost kombiniranja izkušenj iz več naročil — Resna zavajajoča razlaga“

I – Uvod

1. Obravnavana zadeva se nanaša na javni razpis za dobavo računalniških sistemov za bolnišnice na Poljskem. To naročilo je bilo najprej oddano družbi Komputer Konsult Sp. z o.o. (v nadaljevanju: KK). Družba Esaprojekt Sp. z o.o. (v nadaljevanju: Esaprojekt), ki je prav tako oddala ponudbo, je to oddajo izpodbijala pred nacionalnimi sodišči. Oddaja je bila razveljavljena, ker izkušnje, na katere se je sklicevala družba KK, niso bile zadostne. Družba KK je bila pozvana, naj pojasni svoj seznam izkušenj. Dopolnjeni seznam družbe KK je vseboval nove izkušnje tretje osebe. Javno naročilo je bilo ponovno oddano družbi KK. Družba Esaprojekt se je ponovno pritožila, kar je pripeljalo do predloga za sprejetje prehodne odločbe v tej zadevi.

2. Nacionalno sodišče postavlja Sodišču vrsto vprašanj, s katerimi poskuša ugotoviti, prvič, pogoje, pod katerimi lahko ponudniki spremenijo svoj seznam izkušenj in se sklicujejo na izkušnje tretjih oseb. Drugič, nacionalno sodišče želi pojasniti o pogojih, pod katerimi informacije, ki jih zagotovi ponudnik, pomenijo „zavajajočo razlago“ iz člena 45(2)(g) Direktive 2004/18/ES². Tretjič, nacionalno sodišče sprašuje, ali se je mogoče za izpolnitev razpisne zahteve skupno sklicevati na izkušnje, pridobljene v okviru ločenih naročil, če naročnik ni izrecno predvidel take možnosti.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

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

II – Pravni okvir

A – Pravo Unije

3. Člen 2 Direktive 2004/18 (v nadaljevanju: Direktiva) za javna naročila gradenj, blaga in storitev določa načeli preglednosti in prepovedi diskriminacije.
4. Člen 44(1) določa, da se morajo naročila oddati med drugim v skladu z načeli strokovnega in tehničnega znanja ali sposobnosti iz člena 48. Člen 44(2) določa, da „morajo biti“ določene minimalne stopnje usposobljenosti „povezane in sorazmerne s predmetom naročila“.
5. Člen 45(2)(g), ki je umeščen v oddelek z naslovom „Merila za priznanje sposobnosti“, določa, da je lahko gospodarski subjekt izključen iz sodelovanja v naročilu, če je „kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem, ali teh informacij ni zagotovil“, glede na člen 45(2) pa v splošnem, da „[morajo] države članice [...] določiti izvedbene pogoje za ta odstavek v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju zakonodaje Skupnosti“.
6. Člen 48(2) določa načine, kako je mogoče izkazati izkušnje, kar pod točko (a) med drugim vključuje seznam opravljenih gradenj, najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev.
7. Člen 48(3) določa, da se gospodarski subjekt „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 takih primerih mora subjekt predložiti dokazilo, da ima „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, naslovljen „Dodatni dokumenti in informacije“, določa, da naročnik „lahko zahteva od gospodarskih subjektov, da predložijo dodatke k potrdilom, ki se zahtevajo v skladu s členoma 45 in 50“.

B – Nacionalno pravo

9. Člen 2, točka 13, zakona o javnih naročilih (Ustawa Prawo zamówień publicznych) (v nadaljevanju: Ustawa PZP) opredeljuje pojem „javna naročila“ kot „odplačne pogodbe med naročnikom in gospodarskim subjektom o storitvah, blagu ali gradnjah“.
10. Člen 24(2), točka 3, Ustawa PZP določa, da se izključijo gospodarski subjekti, ki „[...] so dali napačne informacije, ki vplivajo ali bi lahko vplivale na izid izvedenega postopka [...]“.
11. Člen 26 Ustawa PZP določa možnost, da naročnik od ponudnikov zahteva predložitev manjkajočih informacij, popravo napak ali pojasnila k izjavam ali dokumentaciji.

III – Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

12. Obravnavana zadeva se nanaša na postopek oddaje javnega naročila za računalniške sisteme za javne bolnišnice v vojvodstvu Lodž (Poljska). Upošteveni del razpisa se nanaša na nakup in dobavo integriranega bolnišničnega sistema (HIS) za (sivi) administrativni in (beli) medicinski del v Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (samostojna bolnišnica vojvodstva „Nikolaj Kopernik“).

13. V skladu z razpisno dokumentacijo so lahko ponudbe za oddajo naročila dali gospodarski subjekti, ki so med drugim izkazali, da so izvedli vsaj dve naročili, ki sta obsegali (vsako zase) dobavo, namestitev, konfiguracijo in uvajanje HIS v belem in sivem delu za zdravstveno ustanovo z vsaj 200 posteljami v vrednosti najmanj 450.000 PLN bruto.

14. Kot dokaz izpolnjevanja zgornjega pogoja so morali gospodarski subjekti predložiti izjavo in seznam „pomembnih dobav“ HIS v belem in sivem delu.

15. Družba KK je v ponudbi navedla dva vnosa za dobavo HIS v belem in sivem delu za bolnišnici v (i) kraju Słupsk (v nadaljevanju: dobava iz Słupska) in v (ii) kraju Nowy Sącz (v nadaljevanju: dobava iz Nowega Sącza). Obe dobavi sta izvedla konzorcij Konsultant IT Sp. z o.o. (KIT) in KK.

16. Na razpisu za nakup in dobavo HIS je bila izbrana družba KK. Družba Esaprojekt je to odločitev izpodbijala in v bistvu trdila, da naročili, ki ju je navedla družba KK, ne izpolnjujeta razpisnih zahtev glede izkušenj s HIS.

17. Pritožba je bila uspešna. Naročniku je bilo naloženo, da od družbe KK v skladu s postopkom iz člena 26(4) Ustawa PZP zahteva pojasnila o obsegu navedenih naročil, da bi se dokazalo, da je izpolnjen pogoj za sodelovanje v postopku v smislu znanja in izkušenj.

18. Po zahtevi za pojasnila se je izkazalo, da je bila dobava iz Słupska opravljena v okviru dveh razpisnih postopkov za oddajo javnega naročila in dveh ločenih pogodb. Ena od teh pogodb ni obsegala belega dela, druga pa ni obsegala sivlega dela. Naročnik je štel, da z dobavo iz Słupska ni spoštovan razpisni pogoj, naveden v točki 13 teh sklepnih predlogov, ker dobava iz Słupska ni bila eno „javno naročilo“, kot je opredeljeno v členu 2, točka 13, Ustawa PZP. Namesto tega je obsegala dve ločeni naročili. Zato je naročnik družbo KK pozval k dopolnitvi dokumentacije, da bi dokazal, da izpolnjuje razpisne pogoje.

19. Družba KK je ob dopolnitvi dokumentacije predložila nov seznam dobav. Na tem seznamu je bila tako kot prej dobava iz Nowega Sącza. Poleg tega sta bili dodani dve novi dobavi, ki ju je obe izvedla tretja oseba, družba Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (v nadaljevanju: družba Medinet) (v nadaljevanju: dobavi družbe Medinet). Družba KK je prav tako predložila izjavo družbe Medinet, da bo dala na voljo zmogljivosti, potrebne za izpolnitev naročila, in da bo sodelovala pri izvedbi naročila kot svetovalec in konzultant.

20. Naročnik je spremenjeno ponudbo družbe KK sprejel. Družba Esaprojekt je ponovno vložila pritožbo proti Województwo Łódzkie pred Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni pritožbeni senat, Poljska). V teh okoliščinah je to sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„Prvo vprašanje:

Ali je na podlagi člena 51 [Direktive 2004/18] v povezavi z načelom enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov ter preglednosti, opredeljenem v členu 2 te direktive, dopustno, da gospodarski subjekt v okviru pojasnjevanja ali dopolnitve dokumentacije navaja druga izvedena naročila (to je opravljene dobave), in ne tistih, ki jih je navedel v seznamu dobav, ki je bil priložen k ponudbi, in predvsem ali se sme sklicevati na naročila, ki jih je izvedel drug gospodarski subjekt, če v ponudbi ni navedel, da lahko razpolaga z njegovimi zmogljivostmi?

Drugo vprašanje:

Ali je treba člen 51 [Direktive 2004/18] ob upoštevanju sodbe Sodišča z dne 10. oktobra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), iz katere izhaja, da ‚[je treba] načelo enakega obravnavanja [...] razlagati tako, da ne nasprotuje temu, da naročnik po izteku roka za predložitev kandidatur v postopku javnega naročila pozove kandidata, naj predloži dokumentacijo, ki opisuje njegov položaj, kot je objavljena bilanca, katere obstoj pred iztekom roka, določenega za predložitev kandidature, je mogoče objektivno preveriti, če razpisna dokumentacija tega naročila ni izrecno določala, da jo je treba predložiti, sicer se kandidatura zavrže‘, razlagati tako, da je dopolnitev dokumentacije dopustna le, če zadeva dokumentacijo, za katero je mogoče objektivno dokazati, da je obstajala pred iztekom roka za oddajo ponudb ali naročil za sodelovanje v postopku, ali pa tako, da je Sodišče nakazalo le eno od možnosti in je dopolnitev dokumentacije dopustna tudi v drugih primerih, npr. s poznejšo predložitvijo dokumentacije, ki ni iz obdobja pred iztekom tega roka, ki pa bi lahko objektivno potrdila izpolnitev enega od pogojev za sodelovanje?

Tretje vprašanje:

Če je odgovor na drugo vprašanje, da je lahko dopolnitvena dokumentacija tudi druga dokumentacija kot tista, ki je navedena v sodbi Manova (C-336/12), ali je lahko dopolnitvena dokumentacija tista, ki izvira od gospodarskega subjekta, tretjih oseb kot podizvajalcev ali drugih gospodarskih subjektov, na katerih zmogljivosti se sklicuje gospodarski subjekt, če te niso bile omenjene v okviru ponudbe?

Četrto vprašanje:

Ali se je na podlagi člena 44 v povezavi s členom 48(2)(a) in v povezavi z načelom enakega obravnavanja gospodarskih subjektov, opredeljenem v členu 2 [Direktive 2004/18], dopustno sklicevati na zmogljivosti drugega gospodarskega subjekta, ki so navedene v členu 48(3), tako da se upoštevajo skupno znanje in izkušnje dveh gospodarskih subjektov, ki sama zase ne razpolagata z znanjem in izkušnjami, ki jih zahteva naročnik, če so te izkušnje nedeljive (tj. gospodarski subjekt mora pogoj za sodelovanje v postopku izpolniti v celoti) in je izvedba naročila nedeljiva (pomeni celoto)?

Peto vprašanje:

Ali se je na podlagi člena 44 v povezavi s členom 48(2)(a) in načelom enakega obravnavanja gospodarskih subjektov, opredeljenem v členu 2 [Direktive 2004/18], dopustno sklicevati na izkušnje skupine gospodarskih subjektov tako, da se lahko gospodarski subjekt, ki je izvedel naročilo kot član skupine gospodarskih subjektov, sklicuje na izvedbo s strani te skupine ne glede na to, v kolikšnem deležu je sodeloval pri izvedbi naročila, ali pa se lahko sklicuje samo na svoje, dejansko pridobljene izkušnje, ki si jih je vsakokrat pridobil pri izvajanju tistega dela naročila, ki mu je bil dodeljen znotraj skupine?

Šesto vprašanje:

Ali je mogoče člen 45(2)(g) [Direktive 2004/18], na podlagi katerega je lahko iz postopka oddaje naročila izključen gospodarski subjekt, ki je kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij ali teh informacij ni zagotovil, razlagati tako, da se iz postopka izključi gospodarski subjekt, ki je dal napačne informacije, ki so ali bi lahko vplivale na izid postopka, ob predpostavki, da krivda za ustrezno zavajanje izhaja samo iz tega, da se naročniku dajo napačne informacije, ki vplivajo na odločitev naročnika o izključitvi gospodarskega subjekta (in zavrnitev njegove ponudbe), ne glede na to, ali je gospodarski subjekt ravnal naklepno in ciljno usmerjeno ali pa nenaklepno, iz lahkomišelnosti, malomarnosti ali zaradi neizkazovanja zahtevane skrbnosti? Ali je mogoče samo pri gospodarskem subjektu, ki je dal napačne podatke (ki se ne ujemajo z dejstvi), domnevati, da ‚je kriv resnih

zavajajočih razlag pri dajanju informacij [...] ali teh informacij ni zagotovil, ali pa je to mogoče domnevati tudi pri gospodarskem subjektu, ki je sicer navedel pravilne podatke, vendar je to storil tako, da je naročnika prepričal, da izpolnjuje pogoje, ki jih je naročnik postavil, čeprav jih v resnici ne izpolnjuje?

Sedmo vprašanje:

Ali se na podlagi člena 44 [Direktive 2004/18] v povezavi s členom 48(2)(a) in načelom enakega obravnavanja gospodarskih subjektov, opredeljenem v členu 2 Direktive 2004/18/ES, gospodarski subjekt lahko sklicuje na svoje izkušnje tako, da se sklicuje na dve ali več pogodb kot na eno naročilo, čeprav naročnik te možnosti ni predvidel niti v objavi niti v razpisnih pogojih?“

21. Poljska in italijanska vlada ter Komisija so predložile pisno stališče. Poljska vlada, Komisija, Województwo Łódzkie, tožena stranka v postopku v glavni stvari, so bile na obravnavi 21. septembra 2016.

IV – Presoja

A – Prvo (ter drugo in tretje) vprašanje

22. Prvo vprašanje predložitvenega sodišča je namenjeno ugotovitvi, ali je mogoče, da se ponudnik glede na člena 2 in 51 Direktive po poteku roka za oddajo ponudbe sklicuje na izkušnje tretje osebe, na katere se v prvotni ponudbi ni skliceval.

23. Drugo in tretje vprašanje sta namenjeni ugotovitvi, ali lahko ob upoštevanju sodbe Manova³ ponudnik predloži dokumentacijo, ki izkazuje njegovo možnost, da se sklicuje na izkušnje tretje osebe po poteku roka za oddajo ponudbe (v obravnavani zadevi izjavo družbe Medinet).

24. Glede prvega vprašanja menim, da dodajanje takih sklicevanj v splošnem ni mogoče iz razlogov, navedenih spodaj. Zaradi tega odgovora je vsakršno poglobljeno razmišljanje o drugem in tretjem vprašanju odveč.

25. Člen 51 Direktive določa, da lahko naročniki zahtevajo od ponudnikov, da „predložijo dodatke“ k dokumentaciji, ki so jo predložili. Besedilo „predložijo dodatke“ je zagotovo precej raztegljivo. Vendar so v skladu z ustaljeno sodno prakso⁴ z načelom enakega obravnavanja in obveznostjo preglednosti prepovedana kakršna koli pogajanja med naročnikom in ponudnikom med postopkom javnega naročanja. Zato naročnik, kadar meni, da ponudba ni natančna ali ne izpolnjuje tehničnih zahtev iz razpisnih pogojev, načeloma od ponudnika ne sme zahtevati pojasnil ali celo ustvariti vtisa, da bi dovolil popravo ponudbe.⁵

3 — Sodba z dne 10. oktobra 2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Glej sodbe z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točka 36); z dne 10. oktobra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, točka 31), in z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, točka 62).

5 — Sodba z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točka 41).

26. Kljub temu Direktiva „ne nasprotuje temu, da je mogoče podatke v zvezi s ponudbo v nekaterih točkah popraviti ali dopolniti v omejenem obsegu, zlasti če očitno potrebujejo zgolj pojasnitev ali zaradi odprave očitnih materialnih napak“, če to ne pomeni nove ponudbe.⁶ Od ponudnikov je mogoče pričakovati skrbno ravnanje,⁷ vendar se je treba izogibati pretiranemu formalizmu.⁸ To je še posebej pomembno glede na potrebo po zagotovitvi odprtosti in konkurenčnosti razpisov.

27. Možnost predložitve dodatnih informacij po roku za oddajo se zato šteje za nekaj izjemnega, ne pa neobstoječega. Tako se postavlja vprašanje, kje natančno je treba potegniti ločnico.

28. Menim, da bi lahko pristop Sodišča najbolje ponazorili s prisodobno: informacije in dokumentacija, ki jih ponudnik predloži do roka za oddajo, so v točno določenem trenutku posneta fotografija. Naročnik lahko upošteva le informacije in dokumentacijo, ki so že na tej fotografiji. To pa naročniku ne preprečuje, da bi si z zoomom ogledal podrobnosti na fotografiji, ki so bile nekoliko zabrisane, zaradi česar je treba resolucijo fotografije povečati, da se podrobnosti jasno vidijo. Toda temeljne informacije so že morale biti prisotne – pa čeprav v nizki resoluciji – na originalnem posnetku.

29. Ob upoštevanju te logike menim, da ponudniku načeloma ne sme biti dovoljeno dokazovanje, da izpolnjuje tehnične in profesionalne zahteve razpisa, tako da se sklicuje na izkušnje tretje osebe, na katere se pred potekom roka za oddajo ni skliceval. Teh informacij na prvotni fotografiji enostavno ni bilo.

30. Zato tako sklicevanje na tretjo osebo ne pomeni zgolj pojasnila ali formalnosti. Dejansko je to pomembna sprememba ponudbe. Spreminja se sama identiteta subjektov, ki so potencialni izvajalci naročila, oziroma vsaj subjektov, katerih izkušnje se za to navajajo. To je vsebinska sprememba, ki vpliva na bistveni element postopka.⁹ Poleg tega, kot je poudarila Komisija, lahko taka sprememba vodi do dodatnih preverjanj, ki jih zahteva naročnik, in bi lahko celo vplivala na izbiro kandidatov, ki so pozvani k predložitvi ponudbe.

31. Povedano splošneje, če bi take spremembe dovolili, bi to zagotovo lahko vplivalo na razpisni postopek. Odločitev ponudnika, da se sklicuje na lastne izkušnje ali se za to obrne na tretjo osebo, mora biti sprejeta v določenem trenutku in na podlagi informacij, ki jih ima ponudnik takrat na voljo. Če bi ponudniku dali novo možnost za to poslovno odločitev pozneje, bi mu to gotovo lahko zagotovilo prednost, ki bi bila v nasprotju z zahtevo po enakem obravnavanju. Na primer, poznavanje števila ali identitete konkurentov v zadevi ali upad trga lahko spodbudi ponudnika, da se odloči za pritegnitev partnerja z več izkušnjami, da bi povečal svoje možnosti.¹⁰

32. Nadaljnjo podporo temu sklepu je mogoče po analogiji najti v zadevah, ki so se nanašale na spremembo sestave konzorcijev ponudnikov po poteku roka za oddajo ponudbe. V nedavni zadevi Højgaard je bil konzorcij dveh družb izbran v predizboru in predložil ponudbo na javnem razpisu, vendar je pred oddajo naročila prenehal obstajati. Ena od družb, Aarsleff, je nato želela v postopku nadomestiti konzorcij kot predizbrani ponudnik. Ta sprememba je bila sprejeta in družba Aarsleff je dobila naročilo. Oddaja naročila je bila izpodbijana pred nacionalnimi sodišči in Sodišču je bilo predloženo vprašanje o tem, ali je sprememba sestave konzorcijev ponudnikov skladna z načelom enakega obravnavanja.

6 — Glej sodbe z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, točki 63 in 64); z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točka 40), in z dne 10. oktobra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, točke od 32 do 36).

7 — Sodba z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točka 38).

8 — Sodba z dne 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 45).

9 — Glej po analogiji sodbo z dne 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 45), v kateri se je štelo, da je sprememba identitete osebe, ki je bila navedena kot tehnični direktor, več kot formalnost in kot taka pomeni zadostno podlago za izključitev ponudnika.

10 — Glej po analogiji sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Mengozzija, predstavljene v zadevi MT Højgaard in Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, točka 80 in naslednje).

33. Sodišče je v sodbi navedlo, da so pravila o spremembah v sestavi konzorcija med razpisnimi postopki načeloma v pristojnosti držav članic.¹¹ Vendar bi morala za to, da bi bilo zagotovljeno spoštovanje načela enakega obravnavanja, družba Aarsleff biti sama sposobna izpolniti merila predizbora.¹²

34. Podobno se lahko, kadar naročnik zahteva, da ponudnik umakne vnose s svojega seznama izkušenj, slednji seveda še naprej sklicuje na preostale vnose. Vendar pa na seznam ne more dodati novih izkušenj tretje osebe.¹³

35. Zato predlagam, naj se na prvo vprašanje nacionalnega sodišča odgovori, da se gospodarski subjekt ne more prvič sklicevati na izkušnje tretje osebe po poteku roka za oddajo ponudb. Glede na ta odgovor drugo in tretje vprašanje nacionalnega sodišča (ki se nanašata na pogoje, pod katerimi je mogoče predložiti dokaze o takih izkušnjah tretje osebe) v veliki meri odpadeta. Če se namreč subjekt sploh ne more sklicevati na tretjo osebo, ne bi bilo smiselno, da predloži sprejete zaveze te tretje osebe ali dokazila o njenih izkušnjah.

36. Glede na zgornje ugotovitve predlagam, naj se na prva tri vprašanja nacionalnega sodišča odgovori:

S členom 51 Direktive 2004/18 v povezavi z načelom enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov ter preglednosti, opredeljenem v njenem členu 2, ni dovoljeno, da se gospodarski subjekt v okviru pojasnjevanja ali dopolnitve dokumentacije sklicuje na naročila, ki so jih izvedle tretje osebe in na katera se ni skliceval v seznamu dobav, ki je priložen k ponudbi, ali da predloži izjavo take tretje osebe, da bo ponudniku dala na voljo svoja sredstva.

B – Četrto vprašanje

37. Četrto vprašanje se nanaša na dejstvo, da je z razpisno dokumentacijo v postopku v glavni stvari od ponudnikov zahtevano, da so izvedli „vsaj dve naročili“, od katerih je vsako obsegalo beli in sivi del, kot je navedeno zgoraj v točki 13 teh sklepnih predlogov. Po zahtevi naročnika, naj predloži pojasnila, je družba KK vključila dobavi družbe Medinet in dobavo iz Nowega Sącz.

38. Glede na navedeno želi nacionalno sodišče v bistvu ugotoviti, ali se je v skladu s členoma 44 in 48(2)(a) Direktive in z načelom enakega obravnavanja iz člena 2 Direktive za izpolnitev zahteve, da sta bili izvedeni „vsaj dve naročili“, mogoče sklicevati na izkušnje v okviru dobav družbe Medinet in dobave iz Nowega Sącz.

39. Iz besedila Direktive je jasno razvidno, da se lahko v okviru javnih razpisov gospodarski subjekti načeloma sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov.¹⁴ To splošno pravilo je v skladu tudi s ciljem odpiranja javnih naročil konkurenci¹⁵ in ga je Sodišče večkrat potrdilo.¹⁶ Zmogljivosti, na katere se sklicuje subjekt, je torej mogoče „razdrobiti“ ali „razdeliti“ med različne akterje, če bo seveda subjekt v praksi imel na voljo vsa potrebna sredstva teh drugih subjektov.¹⁷

11 — Sodba z dne 24. maja 2016, MT Højgaard in Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, točka 35).

12 — Glej tudi sodbo z dne 23. januarja 2003, Makedoniko Metro in Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). V tej zadevi je konzorcij ponudnikov skušal *razširiti* svojo sestavo po oddaji ponudb. Na podlagi nacionalnega prava do tega formalno ni bil upravičen. Sodišče je sklenilo, da je taka prepoved v skladu z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322) (predhodnica Direktive 2004/18).

13 — Čeprav v obravnavani zadevi to ni sporno, ne izključujem možnosti, da bi bilo ponudniku dovoljeno, da se sklicuje na druge *lastne* izkušnje.

14 — Glej na primer člen 4(2) (odkazilo na konzorcije), člen 25 (oddaja naročil podizvajalcem) in člen 48(3) (sklicevanje na tretje osebe) Direktive.

15 — Glej sodbo z dne 10. oktobra 2013 Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 34 in navedena sodna praksa).

16 — Glej na primer sodbe z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točke od 30 do 32); z dne 2. decembra 1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, točki 26 in 27), in z dne 18. marca 2004, Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, točka 43).

17 — Glej člen 48(3) Direktive.

40. Kljub temu pa je, zato da bi se zagotovilo „minimalne zahteve zmogljivosti“ ali „minimalne stopnje usposobljenosti“,¹⁸ mogoče sklicevanje na tretje osebe izjemoma omejiti. Tako je v primeru, da gre za „gradnje, ki so specifične in zahtevajo določeno sposobnost, ki je ni mogoče doseči s kumuliranjem manjših sposobnosti več subjektov, ki posamično ne bi bile zadostne“. Take zahteve morajo biti „povezane in sorazmerne s predmetom zadevnega naročila“.¹⁹

41. V obravnavani zadevi se z razpisno dokumentacijo zahtevata „vsaj dve naročili“, ki obsegata posebno področje (HIS). Iz zgornjih razmišljanj je razvidno, da je mogoče to zahtevo naložiti kot minimum in izključiti sklicevanje na tretje osebe, če je to „povezano in sorazmerno s predmetom naročila“.

42. Ali je tako, je dejansko vprašanje, o katerem mora odločiti nacionalno sodišče.

43. Kljub temu nacionalno sodišče nakazuje, da obstaja kvalitativna razlika med razpisno dokumentacijo, s katero so po eni strani zahtevane zbrane, ponovljene izkušnje na enem področju, po drugi strani pa izkušnje na več ločenih področjih.

44. Strinjam se, da intuitivno taka razlika obstaja. Kombiniranje izkušenj z različnih področij ni vedno mogoče – medsektorskih izkušenj ali poglobljenih izkušenj z integriranimi sistemi morda ni mogoče nadomestiti. Take meddisciplinarne kombinacije pa so gotovo manj problematične kot enostavno dodajanje let izkušenj ali posamičnih naročil. Družba, ki izvaja drugo naročilo na istem področju, bo to storila glede na svojo prejšnjo izkušnjo, zelo verjetno z novimi in drugačnimi vpogledi.²⁰

45. Vendar je na koncu pravno pravilo v obeh primerih enako. Obseg, v katerem je mogoče izkušnje enega subjekta, ki je izvedel dve naročili, nadomestiti z dvema subjektoma, ki sta izpolnila po eno naročilo, je dejansko vprašanje, o katerem mora odločiti nacionalno sodišče.

46. Nacionalno sodišče v vprašanju izrecno navaja, da so upoštevalne izkušnje in izvedba naročila „nedeljive“. To kaže, da je nacionalno sodišče že ugotovilo, da (a) je bila izključena možnost skupnega sklicevanja na izkušnje in da (b) je ta izključitev „povezana in sorazmerna s predmetom naročila“. Če gre res za to, je z določbami Direktive, ki jih navaja nacionalno sodišče, dovoljeno, da naročnik izključi sklicevanje na sredstva drugega subjekta s kombiniranjem znanja in izkušenj dveh subjektov.

47. Glede na navedeno predlagam, naj se na četrto vprašanje nacionalnega sodišča odgovori:

S členom 44 Direktive 2004/18 v povezavi z členom 48(2)(a) in načelom enakega obravnavanja iz člena 2 te direktive ni dovoljeno, da se gospodarski subjekt v smislu člena 48(3) te direktive sklicuje na znanje in izkušnje drugega subjekta, če je naročnik tako sklicevanje izrecno izključil. Vendar mora biti vsaka taka izključitev povezana in sorazmerna s predmetom naročila.

18 — Glej člen 44(2) Direktive.

19 — Sodba z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 35), ki odraža besedilo člena 44(2) Direktive.

20 — Za ponazoritev tega razmišljanja: če bi rad najel odvetnika z devetletnimi izkušnjami na področju davčnega prava, prava družb in gospodarskega prava, lahko izberem tri odvetnike, od katerih ima vsak po devet let izkušenj s področja davčnega prava oziroma prava družb oziroma gospodarskega prava. Vendar pa bi verjetno bolj okleval pri najemu treh odvetnikov, od katerih bi vsak imel triletno izkušnjo s kombinacijo vseh treh področij. Zagotovo pa ne bi najel devet odvetnikov, vsakega z enoletnimi izkušnjami.

C – Peto vprašanje

48. Nacionalno sodišče želi s petim vprašanjem pridobiti pojasnila o pogojih, pod katerimi se lahko gospodarski subjekt sklicuje na prejšnje izkušnje skupine družb, katere član je bil. To vprašanje se nanaša na dejstvo, da je v postopku v glavni stvari dobavi iz Nowega Sącza in Słupska opravil konzorcij dveh družb, KK in KIT. Kot razumem, želi nacionalno sodišče ugotoviti, ali se lahko družba KK v podporo svoji ponudbi brez kakršnih koli pogojev sklicuje na te izkušnje ali pa je pomembna vloga, ki jo je imela družba KK pri dobavi.²¹

49. Menim, da so dejansko odločilne posebna vloga in z njo povezane izkušnje člana konzorcija.

50. V členih 44 in 48(2)(a) Direktive je predvidena ocena ponudb na podlagi, med drugim, izkušenj, kot so izkazane s seznamom gradenj in dobav v zadnjih letih. Imeti potrebne izkušnje za izvedbo naročila očitno ni isto kot poznati nekoga s takimi izkušnjami. Podobno izkušenj ni mogoče pridobiti zgolj s formalno udeležbo pri naročilu ali v konzorciju.

51. Predložitveno sodišče to navedbo dobro ponazori s primerom konzorcija treh družb, ki gradijo avtocesto: banke (ki financira projekt), gradbenega podjetja (ki opravi dejansko gradnjo) in podjetja, ki izvaja storitve (ki zagotavlja pravno, upravno in računovodsko podporo). Jasno je, da financiranje takega projekta banki ne zagotavlja izkušenj, potrebnih za gradnjo avtoceste.

52. Navsezadnje pa so natančna vloga vsake družbe in izkušnje, ki jih pridobi, odvisne od konkretnih okoliščin. Mogoče je, na primer, da je imela banka pri financiranju vodilno vlogo, da pa je izvajalec storitev tesno sodeloval pri tem delu projekta in tako pridobil nekaj izkušenj na tem področju. Taka raven izkušenj je lahko povsem primerna in zadostna v okviru drugega postopka za oddajo javnega naročila za drug projekt. Ali pa tudi ne. To so dejanska vprašanja.

53. Podobno sta dejanski vprašanji, o katerih mora odločiti nacionalno sodišče, natančna vloga družbe KK pri dobavi iz Nowega Sącza (in dobavi iz Słupska)²² ter to, ali to ustreza zahtevi po izkušnjah iz javnega razpisa.

54. Nazadnje, zgornja razmišljanja se nanašajo na položaj, v katerem gospodarski subjekt predstavi prejšnje dobave, ki jih je opravila skupina subjektov, *izrecno kot lastne izkušnje*. Ta razmišljanja ne vplivajo na možnost, da se gospodarski subjekt sklicuje na zmogljivosti tretjih oseb, kot je določeno na primer s členom 48(3) Direktive in kot je bilo podrobneje predstavljeno zgoraj v točki 39.

55. Glede na zgornje ugotovitve predlagam, naj se na peto vprašanje nacionalnega sodišča odgovori:

Člena 44 in 48(2)(a) Direktive 2004/18 je treba razlagati tako, da se lahko gospodarski subjekt, ki je izvedel naročilo kot član skupine gospodarskih subjektov, kot na lastne izkušnje sklicuje samo na izkušnje, ki jih je sam pridobil pri izvedbi tega naročila. Ta sklep ne vpliva na možnost, da se gospodarski subjekt pod pogoji iz Direktive sklicuje na sredstva tretjih oseb.

21 — Iz predloga je jasno, da se družba KK nikakor ne želi sklicevati na izkušnje družbe KIT kot „drugega subjekta“ v smislu člena 48(3) Direktive, ampak predstavlja izkušnje, pridobljene v konzorciju, kot lastne izkušnje.

22 — Na obravnavi je Województwo Łódzkie potrdilo, da se družba KK formalno ne sklicuje več na dobavo iz Słupska.

D – Sedmo vprašanje

56. Sedmo vprašanje se nanaša na dejstvo, da je v postopku v glavni stvari dobava iz Šlupska obsegala dve ločeni pogodbi z dvema komplementarnima vrstama izkušenj (v belem in sivem delu), medtem ko sta objava naročila in razpisna dokumentacija obsegali beli in sivi del skupaj.²³

57. V teh okoliščinah nacionalno sodišče prosi za pojasnilo, pod katerimi pogoji je mogoče izkušnje, pridobljene v okviru dveh ločenih naročil, predstaviti skupaj, da bi bila izpolnjena zahteva, za katero ni bilo izrecno navedeno, da jo je mogoče deliti.

58. Iz razlogov, predstavljenih spodaj, menim, da je odgovor na to vprašanje, da bi subjektom načeloma moralo biti omogočeno, da tako združujejo „razdrobljene“ izkušnje. Popolna izključitev take možnosti s strani naročnika bi morala biti izjema.

59. Iz odgovorov na četrto in peto vprašanje, predlaganih zgoraj, med drugim izhaja, da z Direktivo ni natančno določeno, kako so morale biti zbrane upoštevne izkušnje ali kdo jih je moral zbrati. Tako je pod nekaterimi pogoji v splošnem na primer mogoče, da se subjekt sklicuje na izkušnje, pridobljene: (a) v okviru naročil, ki jih je prevzel sam; (b) v okviru naročil, ki jih je izvedla skupina subjektov, katere del je; ali (c) s strani tretjih oseb.

60. Bistveno je to, ali skupne izkušnje, na katere se lahko gospodarski subjekt resnično opre, pa naj bodo njegove lastne ali izkušnje tretje osebe, zadostujejo za izvedbo naročila.

61. Zato dejstvo, da so izkušnje v tehničnem smislu pridobljene v dveh ali več ločenih naročilih, ne pa znotraj ene same pogodbe, načeloma ne bi smelo biti pomembno. Če so kombinirane izkušnje zadostne za izvedbo naročila, bi to moralo biti dovolj.

62. Zahteve razpisa je namreč mogoče izpolniti z združitvijo zmogljivosti ali izkušenj, ki se razdelijo med *različne subjekte*. *A fortiori* enostavno ne bi bilo logično, da bi bilo načeloma mogoče izključiti možnost združitve zmogljivosti ali izkušenj, ki jih je pridobil *isti subjekt pri različnih naročilih*.

63. Omejitve kombiniranja izkušenj različnih subjektov je mogoče naložiti, če so „povezane in sorazmerne s predmetom zadevnega naročila“.²⁴ Po mojem mnenju je mogoče tako razmišljanje in take omejitve uporabiti po analogiji za razdrobitev izkušenj prek različnih naročil, ki jih je izvedel isti subjekt. Tako lahko na primer naročnik načeloma navede, da je mogoče nekatere zahteve glede izkušenj izpolnili le s sklicevanjem na posamezna naročila, od katerih vsako vključuje izkušnje z različnih področij. Vendar mora biti taka zahteva prav tako potrebna, sorazmerna in povezana s predmetom naročila.

64. Predložitveno sodišče mora ugotoviti, ali izkušnje, ki so zahtevane v konkretnem spornem razpisu, te pogoje izpolnjujejo. Vendar je smiselno navesti naslednje splošne poudarke.

65. Prvič, razpisi naj bi načeloma bili odprti za konkurenco.²⁵ Ta namen se odraža s tem, da je izključitev sklicevanja na tretje osebe izjema. Prav tako bi morala biti izjema izključitev „razdrobljenih“ izkušenj. Če v objavi naročila ali razpisnih pogojih taka izključitev ni bila navedena, je posledično ni mogoče enostavno predpostavljati. Biti mora jasno navedena.

23 — Ker se družba KK ne sklicuje več na dobavo iz Šlupska, bi lahko to vprašanje pogojno šteli za hipotetično. Toda ker to, da se ne sklicuje več na dobavo iz Šlupska, iz predloga za sprejetje prehodne odločbe ni povsem jasno, velja splošna predpostavka upoštevnosti vprašanja.

24 — Glej točko 40 zgoraj.

25 — Glej točko 25 zgoraj.

66. Drugič, nacionalno sodišče se izrecno sklicuje na člen 2 Direktive, ki določa tudi načelo enakega obravnavanja. Menim, da slednje ne bi smelo povzročati skrbi glede skupnega sklicevanja na izkušnje, pridobljene v ločenih naročilih, ker se (a) sme načeloma *vsak* gospodarski subjekt, ki predloži ponudbo, skupno sklicevati na taka naročila ali pa (b) tega ne sme storiti *noben* gospodarski subjekt (če je naročnik tako možnost izključil).

67. Tretjič, ker skupno sklicevanje ni bilo izključeno, mora naročnik ugotoviti – nadzor nad tem pa bodo imela nacionalna sodišča – ali kombinirane izkušnje iz dveh ali več naročil v konkretni zadevi zadostujejo za izpolnitev zahtev iz razpisne dokumentacije. Tudi če je načeloma mogoče kombinirati dve naročili ali več naročil, je mogoče, da so v konkretni zadevi celotne izkušnje enostavno neustrezne. Pri tej presoji morajo biti upoštevane vse relevantne okoliščine, vključno z – na primer – razmerjem med različnimi naročili²⁶ in naravo razpisnih zahtev.²⁷

68. Glede na prej navedeno predlagam, da se na sedmo vprašanje nacionalnega sodišča odgovori:

S členoma 44 in 48(2)(a) Direktive 2004/18 v povezavi z načelom enakega obravnavanja iz člena 2 te direktive je dovoljeno, da se gospodarski subjekt na svoje izkušnje sklicuje tako, da se sklicuje na dve ali več pogodb kot na eno javno naročilo, razen če je naročnik tako skupno sklicevanje izrecno izključil. Vsaka taka izključitev mora biti povezana in sorazmerna s predmetom naročila.

E – Šesto vprašanje

69. Nacionalno sodišče s šestim vprašanjem sprašuje, ali je mogoče ponudnika na podlagi člena 45(2)(g) Direktive ne glede na subjektivni vidik njegovega ravnanja izključiti, če je „kriv resnih zavajajočih razlag“ (pri dajanju informacij ali ker informacij ni zagotovil). Prav tako sprašuje, ali je s to določbo omogočena izključitev ponudbe, če ponudnik dejansko ne izpolnjuje razpisnih pogojev, vendar je domiselno predložil informacije, ki so v tehničnem smislu pravilne, tako da daje vtis, da pogoje izpolnjuje.

70. Z besedilom člena 45(2)(g) je državi članici dana možnost,²⁸ da v nekaterih primerih zavajajoče razlage ponudnika izključi. Do take zavajajoče razlage lahko pride, če so predložene ali niso predložene „zahtevane“ informacije, na primer v dokaz njegove usposobljenosti.

71. Tako se glede na običajni pomen besed člen 45(2)(g) nanaša na položaje, v katerih subjekt opusti ali vključi nekatere informacije, ki naročnika napeljejo do tega, da napačno dojame njegovo usposobljenost.

72. Vsaka zavajajoča razlaga ni razlog za izključitev. Uporaba besed „resen“ ali „resno“ kaže, da zgolj predložitev nepravilnih informacij ne zadostuje za uporabo člena 45(2)(g) in da je treba preseči določen prag resnosti.

26 — Kakršne koli formalne povezave med naročili in podobnosti glede obsega, strank ali obdobja, ki je na voljo za izvedbo, itd.

27 — Integrirana narava zahtevane storitve, dobavni rok in ustrezne minimalne zahteve glede zmogljivosti itd.

28 — „Vsak gospodarski subjekt je *lahko* izključen [...]“ (moj poudarek).

73. Vendar ni jasno, kako je treba resnost ugotoviti. Primerjava različnih jezikovnih različic dvoumnost v tem pogledu le še poglobi. V nekaterih jezikovnih različicah se beseda, ki označuje težo ali resnost, navezuje na pojem „kriv“,²⁹ s čimer bi seveda lahko razumeli, da se zahteva določen subjektivni element ali določena stopnja malomarnosti. V drugih jezikovnih različicah se beseda, ki označuje težo ali resnost, navezuje na zavajajočo razlago, kar kaže, da je težišče na dejanju samem in/ali njegovih posledicah.³⁰

74. Člen 45(2), zadnji pododstavek, Direktive je lahko tu delno v pomoč. Od držav članic je z njim zahtevano, da na podlagi nacionalne zakonodaje določijo „izvedbene pogoje“ člena 45(2). Zato je mogoče člen 45(2)(g) razumeti tako, da določa minimalne pogoje za ugotovitev zavajajoče razlage, ki je dovolj resna, da državam članicam omogoča izključitev ponudnika. Vendar pa pojma ne skuša popolnoma uskladiti.³¹ Tako razumevanje je v skladu tudi z ozkim razumevanjem razlogov za izključitev in s potrebo po posamični preučitvi primera vsakega gospodarskega subjekta.

75. Čemu ustreza minimalna raven resnosti? Iz naslednjih razlogov menim, da bi se morala „resnost“ nanašati na (objektivne) posledice predložitve ali opustitve predložitve informacij, ne glede na (subjektivni) element ali namen osebe, ki jih zagotavlja.

76. Po mojem mnenju lahko *samo* ravnanja in opustitve, katerih posledica je konkurenčna prednost, ki subjekt ohrani v razpisnem postopku, v katerem sicer ne bi obstal, spadajo pod člen 45(2)(g).³² Povedano drugače, kadar zavajajoča razlaga (s predložitvijo informacij ali zaradi opustitve predložitve informacij) ne more vplivati na izid, ne more veljavno upravičiti izključitve subjekta. V nadaljevanju bom to poimenoval „pogoj izida“.

77. Tako razumevanje je podprto z jezikovnimi različicami, v katerih je poudarjena zahteva po resnosti zavajajoče razlage. Mogoče ga je šteti za skladno z različicami, v katerih je poudarjena resnost „krivde“. Odraža tudi cilj odprtosti konkurenci in je v skladu z ozko razlago razlogov za izključitev. Če je ponudnik najbolje usposobljen za izvedbo naročila, pa naj bo to na podlagi najnižje cene ali najugodnejše ponudbe,³³ bi bila njegova izključitev v nasprotju z namenom Direktive, da se zagotovi, da so naročila oddana na podlagi objektivnih meril in dosežejo največjo vrednost za uporabljena javna sredstva.³⁴

78. Iz tega je razvidno, da je pogoj vplivanja na izid *conditio sine qua non* za kakršno koli izključitev zaradi zavajajoče razlage.

79. Poleg tega menim, da je mogoče člen 45(2)(g) teoretično uporabiti *vsakič*, ko je izpolnjen pogoj vplivanja na izid. Če lahko predložitev informacij ali opustitev predložitve nekaterih informacij vpliva na izid, je že *sama po sebi resna*. Zgodi se namreč lahko, da ima v konkretnih okoliščinah „očitna“ ali „majhna“ napaka ali „zgolj uradniška napaka“ nepričakovano posledico, ki bi vsebinsko spremenila izid razpisa. Take napake so lahko povsem nenamerne. Vendar pa gotovo te napake niso majhne ali nepomembne v očeh konkurenta, ki izgubi na razpisu ali je posledično postavljen v bistveno slabši položaj.

29 — V francoščini, italijanščini, španščini oziroma nizozemščini: „gravement coupable“; „gravamente colpevole“; „gravamente culpable“; „in ernstige mate schuldig“.

30 — V angleščini, nemščini oziroma češčini: „guilty of serious misrepresentation“; „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig“; „který se dopustil vážného zkresení“. Spet v drugih jezikovnih različicah, predvsem v slovaški, pa sploh ni nikakršne omembe teže, pa naj gre za način razmišljanja ali za posledice dejanja – „bol uznany vinným zo skresľovanie skutočností“.

31 — Glej tudi člen 45(2)(d) Direktive, s katerim je predvidena možnost izključitve, če so gospodarski subjekti „krivi zaradi hude poklicne napake“. Kot je opozorila Komisija, se sodna praksa Sodišča, s katero se razlaga ta določba, sklicuje na vlogo držav članic pri opredelitvi tega pojma, vendar na to, da je potrebna minimalna raven resnosti, preden pride do uporabe določbe.

32 — Pri čemer vsebinsko vplivajo, na primer, na predizbiro ali dodelitev naročila.

33 — Glej člen 53(1) Direktive.

34 — Glej na primer uvodno izjavo 46 Direktive.

80. Zato menim, da že sama izpolnitev pogoja vplivanja na izid *zadostuje*, da je *dovoljena izključitev* zaradi zavajajoče razlage, ne da bi bilo treba izpolniti nadaljnje pogoje. Tako razumevanje pojma zavajajoče razlage iz člena 45(2)(g), ki je torej osvobojeno vseh subjektivnih sestavin ali namena na strani ponudnika, je podprto s tremi nadaljnjimi argumenti.

81. Prvič, člen 45(2)(g) Direktive se ne sklicuje na krivdo na splošno ali na naklep, nepazljivost ali malomarnost konkretno, kaj šele, da bi skušal te pojme opredeliti. Pod takimi pogoji ni primerno poskušati opredeliti obsega uporabe člena 45(2)(g) na podlagi tako zapletenih pojmov, ki bi jih bilo treba ustvariti praktično iz nič. Že to dejstvo samo napeljuje k objektivnemu razumevanju določbe, kakršno je tisto, ki sem ga predlagal v teh sklepnih predlogih. Poleg tega so s členom 45(2) določeni le temeljni pogoji, v skladu s katerimi je s pravom Unije dana *možnost* za izključitev ponudnikov. Pri tem se ta člen izrecno sklicuje na nacionalne zakone za določitev pogojev uporabe, ki lahko vključujejo na primer pojme malomarnosti ali naklepa po nacionalnem pravu.

82. Drugič, na to se navezuje praktični vidik: ali bi bilo res razumno pričakovati, da se od upravnega organa v okviru postopka javnega naročanja, ko pogosto ravna pod hudim časovnim pritiskom in je morebiti zasut s številnimi obsežnimi ponudbami, zahteva, da preuči in ugotavlja namero družbe? Povsem jasno je, da tak predlog ni uresničljiv.

83. Tretjič, tudi če bi lahko upravni organ ugotovil namero družbe, koliko bi bilo to dejansko koristno? Od subjektov, ki sodelujejo v razpisu, se načeloma pričakuje, da ravnajo z zahtevano skrbnostjo.³⁵ Za strokovnjaka se enostavno predpostavlja, da zna ravnati in ravna z zahtevano skrbnostjo. To kaže na to, da bi poleg naklepa verjetno v poštev prišle druge oblike malomarnosti. Če bi res šlo za to, subjektivni element dejansko ne pomeni nobenega dejanskega razlikovalnega merila.

84. Pogoj mogočega vplivanja na izid je torej *conditio sine qua non* in tudi sam *zadostuje* za to, da se uporabi člen 45(2)(g). Vendar to državam članicam daje samo *možnost*, da izključijo gospodarski subjekt. V skladu s členom 45(2), zadnji pododstavek, je treba natančne pogoje, v skladu s katerimi bi bilo treba subjekt v praksi izključiti, določiti na nacionalni ravni.

85. Za zaključek: v zvezi s členom 45(2)(g) Direktive je nacionalno sodišče izrecno postavilo vprašanje, ali je mogoče, da se ta določba uporabi ob *pravilnih* informacijah, ki so sugestivno predstavljene. Povedano drugače, predstavljene tako, da se zdi, kot da so razpisne zahteve izpolnjene, čeprav v resnici niso. Vprašanje nacionalnega sodišča v zvezi s tem predvideva položaj, v katerem subjekt ne izpolnjuje razpisnih zahtev.

86. V takem položaju bi bil subjekt praviloma izključen že zato, ker ne izpolnjuje razpisnih zahtev. Tak ponudnik bi bil še naprej udeležen v postopku le, če bi bil razpis spremenjen tako, da bi *izpolnjeval* zahteve. Le ob takim razvoju dogodkov bi bilo treba sploh razmišljati o izključitvi na podlagi člena 45(2)(g) Direktive.

87. Kot sem navedel v presoji prvega vprašanja, je dopustnost sprememb v okviru ponudbe po roku jasno omejena. Take omejitve so seveda lahko kršene, če spremembe povzročijo bistveno razliko, kakršna je obravnavana (torej razliko med neizpolnjevanjem razpisnih zahtev pred spremembo in izpolnjevanjem teh zahtev po spremembi).

88. Toda če predpostavimo, da so take spremembe v teoriji mogoče, ali bi lahko zadevni subjekt kljub temu bil izključen zaradi zavajajoče razlage v svoji prvotni ponudbi?

35 — Glej sodbo z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a.s. in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točka 38).

89. Menim, da je odgovor na to vprašanje pritrdilen: tak subjekt bi *potencialno* lahko izključili. Tako je zato, (a) ker na začetku ni predložil informacij, ki so zahtevane na podlagi člena 48(2)(a) (kar je eden od načinov zavajajoče razlage iz člena 45(2)(g) Direktive), in (b) ker je bila ta opustitev resna v smislu, da bi lahko vplivala na izid razpisa (pogoj izida).

90. Pri vprašanju torej ne gre toliko za to, koliko subjekt dejansko uporablja „mejne načine marketinga“ lastnih izkušenj. Bolj gre za to – ne glede na to, kako dobro je predstavil svoje izkušnje – da subjekt na začetku ni predložil informacij, „zahtevanih“ na podlagi člena 48(2)(a), naknadna predložitev teh informacij pa je spremljala izid razpisa.

91. Glede na zgornje ugotovitve predlagam, naj se na šesto vprašanje nacionalnega sodišča odgovori:

Gospodarski subjekt je lahko spoznan za krivega resne zavajajoče razlage iz člena 45(2)(g) Direktive 2004/18 samo v primerih, v katerih lahko domnevna zavajajoča razlaga vpliva na odločitev naročnika tako, da ga obdrži v postopku, česar sicer ne bi storil. Uporaba te določbe je odvisna od predložitve ali opustitve predložitve informacij, zahtevanih na podlagi poglavja VII, oddelek 2, Direktive 2004/18/ES. Uporaba člena 45(2)(g) te direktive ni odvisna od predložitve dejansko nepravilnih informacij ali konkretne krivde gospodarskega subjekta.

V – Predlog

92. Sodišču predlagam, naj na vprašanja Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalni pritožbeni senat, Poljska), odgovori:

Prvo, drugo in tretje vprašanje:

S členom 51 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (v nadaljevanju: Direktiva 2004/18) v povezavi z načelom enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov ter preglednosti iz člena 2 ni dovoljeno, da se gospodarski subjekt v okviru pojasnjevanja ali dopolnitve dokumentacije sklicuje na naročila, ki so jih izvedle tretje osebe in na katera se v seznamu dobav, ki je priložen k ponudbi, ni skliceval, ali da predloži izjavo take tretje osebe, da bo ponudniku dala na voljo svoja sredstva.

Četrto vprašanje:

S členom 44 Direktive 2004/18 v povezavi s členom 48(2)(a) in z načelom enakega obravnavanja iz člena 2 te direktive ni dovoljeno, da se gospodarski subjekt v smislu člena 48(3) te direktive sklicuje na znanje in izkušnje drugega subjekta, če je naročnik tako sklicevanje izrecno izključil. Vendar mora biti vsaka taka izključitev povezana in sorazmerna s predmetom naročila.

Peto vprašanje:

Člena 44 in 48(2)(a) Direktive 2004/18 je treba razlagati tako, da se lahko gospodarski subjekt, ki je izvedel naročilo kot član skupine gospodarskih subjektov, kot na lastne izkušnje sklicuje samo na izkušnje, ki jih je sam pridobil pri izvedbi tega naročila. Ta sklep ne vpliva na možnost, da se gospodarski subjekt pod pogoji iz Direktive sklicuje na sredstva tretjih oseb.

Šesto vprašanje:

Gospodarski subjekt je lahko spoznan za krivega resne zavajajoče razlage iz člena 45(2)(g) Direktive 2004/18 samo v primerih, v katerih lahko domnevna zavajajoča razlaga vpliva na odločitev naročnika tako, da ga obdrži v postopku, česar sicer ne bi storil. Uporaba te določbe je odvisna od predložitve ali

opustitve predložitve informacij, zahtevanih na podlagi poglavja VII, oddelek 2, Direktive 2004/18. Uporaba člena 45(2)(g) te direktive ni odvisna od predložitve dejansko nepravilnih informacij ali konkretne krivde gospodarskega subjekta.

Sedmo vprašanje:

S členom 44 in členom 48(2)(a) Direktive 2004/18 v povezavi z načelom enakega obravnavanja iz člena 2 te direktive je dovoljeno, da se gospodarski subjekt na svoje izkušnje sklicuje tako, da se sklicuje na dve ali več pogodb kot na eno javno naročilo, razen če je naročnik tako skupno sklicevanje izrecno izključil. Vsaka taka izključitev mora biti povezana in sorazmerna s predmetom naročila.