



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 21. januarja 2016¹

Zadeva C-27/15

**Pippo Pizzo in drugi
proti
CRGT srl**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italija))

„Javna naročila — Direktiva 2004/18/ES — Sodelovanje na razpisu — Možnost sklicevanja na zmogljivosti drugih podjetij zaradi izpolnjevanja potrebnih pogojev — Neplačilo prispevka, ki ni bil izrecno določen — Izločitev ponudnika“

1. Obravnavani predlog za sprejetje predhodne odločbe daje Sodišču novo priložnost, da izpopolni svojo sodno prakso glede postopkov oddaje javnih naročil, zlasti glede Direktive 2004/18/ES.²
2. Po eni strani se ponovno zastavlja vprašanje, ali se ponudnik lahko sklicuje na zmogljivosti tretjih oseb, zato da izpolni pogoje za sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila; glede na doktrino Sodišča je odgovor na to vprašanje razmeroma preprost.
3. Po drugi strani – in to vprašanje je veliko bolj zapleteno – predložitveno sodišče sprašuje o možnosti, da nekatere zahteve, ki jih je treba izpolniti za sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, niso izrecno navedene niti v obvestilu o javnem naročilu niti v razpisni dokumentaciji, jih je pa mogoče izpeljati iz splošno veljavnih nacionalnih določb.
4. V zvezi s tem drugim vprašanjem Sodišču predlagam izčrpnjšo razlago njegove sodne prakse o tem, ali je potrebno, da so vsi razpisni pogoji izrecno navedeni v razpisni dokumentaciji. Pri tem se bom oprl na logiko, za katero menim, da je tesno povezana s pojmom „primerno obveščene in običajno skrbnega ponudnika“ kot odločilnim merilom duha te sodne prakse.

¹ — Jezik izvirnika: španščina.

² — Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114).

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

1. Direktiva 2004/18

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

6. Člen 47 Direktive določa:

„1. Kot dokaz o finančnem in gospodarskem položaju gospodarskega subjekta je praviloma možno predložiti eno ali več naslednjih dokazil:

- (a) ustrezne bančne izpiske ali, če je to primerno, dokazilo o zadevnem škodnem zavarovanju poklicnega tveganja;
- (b) bilance stanja ali izvlečke iz bilanc stanja, če zakonodaja države, v kateri je gospodarski subjekt registriran, zahteva objavo bilance stanja;
- (c) računovodski izkaz celotnega prometa podjetja ter, če je to primerno, prometa na področju, ki ga pokriva naročilo [...].

2. 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, na primer za izvedbo posla, ki ga bodo za ta namen opravili ti subjekti.

[...]“

7. Člen 48 Direktive 2004/18 določa:

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

[...]

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.

[...]“

2. Direktiva 2014/24/EU³

8. Člen 63 Direktive 2014/24 določa:

„1. Glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem [...] ter pogojev v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo [...] lahko gospodarski subjekt po potrebi za posamezno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. [...] 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.

[...]

Če gospodarski subjekt uporabi zmogljivosti drugih subjektov glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem, lahko javni naročnik zahteva, da so gospodarski subjekt in navedeni subjekti skupaj [solidarno] odgovorni za izvedbo javnega naročila.

[...]

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 ali sodelujoči v tej skupini, če ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov v skladu s členom 19(2).“

B – *Nacionalno pravo*

1. Zakonska uredba št. 163 z dne 12. aprila 2006⁴

9. Člen 49 zakonske uredbe št. 163 določa:

„1. Ponudnik, ki v okviru postopka oddaje naročila gradenj, blaga ali storitev deluje sam, kot član konzorcija ali skupine gospodarskih subjektov v skladu z določbami člena 34, lahko izpolni ekonomske, finančne, tehnične in organizacijske pogoje, to pomeni, da pridobi potrdilo [...] SOA, tako da se sklicuje na zmogljivosti drugega subjekta ali na potrdilo SOA drugega subjekta.

[...]

6. V zvezi z gradnjami se ponudnik lahko sklicuje na zmogljivosti samo enega podpornega podjetja za posamezno kategorijo usposobljenosti. V obvestilu o javnem naročilu je lahko določeno, da je dovoljeno sklicevanje na zmogljivosti več podpornih podjetij glede na vrednost javnega naročila ali posebnost storitev [...]“.

3 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL L 94, str. 65).

4 — Zakonik o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga, s katerim se izvajata direktivi 2004/17/ES in 2004/18/ES (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (GURI, št. 100, z dne 2. maja 2006, redni dodatek št. 107), kakor je bil spremenjen z zakonsko uredbo št. 152 z dne 11. septembra 2008 (GURI, št. 231, z dne 2. oktobra 2008, redni dodatek št. 227); v nadaljevanju: zakonska uredba št. 163/2006).

2. Zakon št. 266 z dne 23. decembra 2005⁵

10. Na podlagi člena 1(67), prvi pododstavek, zakona št. 266 „[n]adzorni organ nad javnimi gradnjami [...] letno določa znesek prispevkov, ki naj bi mu jih plačali javni in zasebni subjekti, nad katerimi izvaja nadzor, pa tudi s tem povezana podrobna pravila za pobiranje, vključno z obveznostjo gospodarskih subjektov, da morajo kot pogoj za to, da se ponudba sprejme v postopek za izvedbo javnih gradenj, plačati prispevek“.

II – Dejansko stanje

11. Pristaniški organ v Messini (Italija) je novembra 2012 na evropski ravni izvedel odprti postopek oddaje javnega naročila storitev upravljanja z odpadki in ostanki, nastalih na ladjah, ki pristajajo v njegovem okrožju, za štiri leta. To storitev je prej opravljalo podjetje CRGT srl (v nadaljevanju: CRGT).

12. Naročilo je bilo dodeljeno začasnemu združenju podjetij Pippo Pizzo in Onofaro Antonino (v nadaljevanju: Pizzo), potem ko je bilo ugotovljeno, da druge konkurenčne družbe – med njimi družba CRGT – organu za nadzor nad javnimi naročili (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, v nadaljevanju: AVCP) niso plačale prispevka, določenega z zakonom št. 266/2005, ki je pogoj za to, da se njihove ponudbe sprejmejo, in so bile zato izločene iz postopka oddaje javnega naročila.

13. Družba CRGT je vložila tožbo zoper izločitve pri Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia (oddelek Catania, IV. senat) (regionalno upravno sodišče na Siciliji). Družba Pizzo je vložila nasprotno tožbo, v kateri je trdila, da je bilo treba družbo CRGT izločiti, med drugim zato, ker je predložila samo en od dveh bančnih izpiskov, ki sta bila zahtevana v obvestilu o javnem naročilu, na podlagi katerih je dokazovala svojo ekonomsko in finančno sposobnost.

14. Sodišče prve stopnje je tožbi družbe CRGT ugodilo, saj je štelo, da je bila njena izločitev iz postopka oddaje javnega naročila protipravna glede na to, da: (a) razpisna dokumentacija ni določala plačila prispevka, določenega v zakonu št. 266/2005; (b) se navedeni prispevek nanaša izrecno na javne gradnje, ne pa na javna naročila storitev, in (c) da se lahko ta prispevek nanaša na javna naročila storitev, samo če se zakon št. 266/2005 razlaga široko, ki pa zaradi načela taksativnosti razlogov za izločitve ne sme biti v škodo ponudnikov, ki so brez svoje krivde menili, da spornega prispevka v konkretnem primeru ni bilo treba plačati.

15. Poleg tega je sodišče prve stopnje zavrnilo nasprotno tožbo družbe Pizzo in navedlo, da se je družba CRGT lahko sklicevala, kar je dejansko storila, na ekonomsko in finančno zmogljivost podpornega podjetja, s katerim je sklenila pogodbo v ta namen.

16. Družba Pizzo je vložila pritožbo pri Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, ki ji družba CRGT nasprotuje, zadnja je ponovno uveljavljala druge razloge, ki jih je navedla v prvi tožbi, ki za to zadevo niso pomembni.

17. V teh okoliščinah je Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana odločilo, da vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe.

5 — Zakon o proračunu za leto 2006 ((Legge finanziaria 2006; GURI, št. 302, z dne 29. decembra 2005, redni dodatek št. 211). V nadaljevanju: zakon št. 266/2005.

III – Predlog za sprejetje predhodne odločbe

18. Vprašani predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki je na Sodišče prispel 22. januarja 2015, se glasita:

- „1. Ali je treba člena 47 in 48 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni zakonodaji, kot je zgoraj opisana italijanska, ki pri storitvah dovoljuje sklicevanje na zmogljivost več podjetij v zgoraj navedenem smislu?
2. Ali načela prava Evropske unije, zlasti načela varstva legitimnih pričakovanj, pravne varnosti in sorazmernosti, nasprotujejo predpisu iz pravnega reda države članice, ki dovoljuje, da se iz postopka za oddajo javnih naročil izloči podjetje, ki je zaradi neobstoja izrecne navedbe v razpisni dokumentaciji spregledalo obveznost, katere neizpolnitev se sankcionira z izločitvijo, to je obveznost plačila zneska za sodelovanje v navedenem postopku, in to čeprav obstoj navedene obveznosti ni jasno razviden iz besedila zakona, veljavnega v navedeni državi članici, vendar ga je mogoče rekonstruirati na podlagi dveh pravnih dejanj, ki vključujeta najprej široko razlago takšnih določb pozitivnega prava navedene države članice in nato vključitev – v skladu z ugotovitvami na podlagi navedene široke razlage – vsebine predpisov v razpisno dokumentacijo?“

19. Predložitveno sodišče v zvezi s prvim vprašanjem meni, da bi Direktiva 2014/24 lahko omejila možnosti sklicevanja na zmogljivosti tretje osebe za izpolnitev razpisnih pogojev.

20. V zvezi z drugim vprašanjem za predhodno odločanje pa se Consiglio di Giustizia prav tako sprašuje, ali naj načela varstva legitimnih pričakovanj, sorazmernosti, pravne varnosti in *favor participationis* ne bi morala pripeljati do tega, da bi se zadevni družbi odobril kratek rok, v katerem bi izpolnile obveznosti plačila.

IV – Postopek pred Sodiščem. Trditve strank

21. Italijanska vlada in Komisija sta se udeležili postopka in predložili pisna stališča.

A – Prvo vprašanje

22. V zvezi s prvim od vprašanj, ki ju je zastavilo predložitveno sodišče, italijanska vlada navaja, da je njegova dopustnost vprašljiva, saj v njem niso opisani „dejanski primeri“, na katere se opira, in torej niti Sodišču niti strankam ni dalo na voljo sredstev, potrebnih za to, da bi zavzeli stališče v zvezi z zastavljenim vprašanjem.

23. Italijanska vlada meni, da je sklicevanje na Direktivo 2014/24 neumestno glede na to, da je ni mogoče uporabiti v tej zadevi in glede na to, da se rok, določen za njen prenos, še ni iztekel. Po njenem mnenju navedena direktiva nikakor ni manj ugodna od Direktive 2004/18 v zvezi z zmogljivostmi tretjih oseb.

24. Glede vsebine italijanska vlada meni, da je mogoče težavo rešiti ob upoštevanju načel, ki jih je Sodišče opredelilo v sodbi *Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino*,⁶ ki se nanaša na dejansko stanje, ki se s pravno upoštevnega vidika ne razlikuje od obravnavanega dejanskega stanja v postopku *a quo*.

25. Zato italijanska vlada meni, da Direktiva 2004/18 in pravila nacionalnega prava, določena v členu 49 zakonske uredbe št. 163/2006, niso nezdržljivi.

⁶ — C-94/12, EU:C:2013:646. V nadaljevanju: sodba *Swm Costruzioni*.

26. Komisija se strinja z italijansko vlado, da je odgovor na prvo vprašanje mogoče izpeljati iz doktrine, opredeljene v zgoraj navedeni sodbi *Swm Costruzioni*. Sodišče je sprejelo, da se gospodarski subjekt lahko sklicuje na svoje zmogljivosti in tudi na zmogljivosti ene ali več tretjih oseb, da bi izpolnil zahtevane minimalne pogoje, ki jih sam ne izpolnjuje v celoti.

27. V zvezi z Direktivo 2014/24 Komisija, tako kot italijanska vlada, poudarja, da je v tej zadevi ni mogoče uporabiti *ratione temporis*.

28. Posledično Komisija trdi, da je treba člena 47 in 48 Direktive 2004/18 razlagati tako, da ne nasprotujeta nacionalni določbi, kakršna je ta, ki jo navaja predložitveno sodišče.

B – Drugo vprašanje

29. V zvezi z drugim vprašanjem italijanska vlada ne zazna nobene kršitve načel, naštetih v predložitveni odločbi. Poudarja, da poleg razlogov za izločitev, ki jih določata ta zakonska uredba in obvestilo o javnem razpisu, člen 46(1a) zakonske uredbe št. 163/2006 navaja tudi tiste razloge, ki so opredeljeni „v drugih veljavnih zakonskih določbah“. Zato po njenem mnenju dejstvo, da neplačilo prispevka AVCP ni omenjeno kot razlog za izločitev v *lex specialis*, ne pomeni okoliščine, ki upravičuje neizpolnitev ponudnika. Ponudnik mora poznati vsa pravila, ki sestavljajo celoto obveznih razlogov za izločitev in ki pravzaprav napolnijo morebitne praznine v obvestilu o javnem naročilu v tej zadevi.

30. Italijanska vlada prav tako meni, da ponudniki ne morejo odpraviti pomanjkljivosti v svojih ponudbah, potem ko se je rok za predložitev ponudb iztekel; te je mogoče zgolj popraviti ali dopolniti v omejenem obsegu v smislu sodbe, izrečene v sodbi *Manova*.⁷ Naročnik lahko sprejme, da ponudniki dopolnijo nekatere pomanjkljivosti glede subjektivnih pogojev sodelovanja, ne pa da uredijo neplačilo prispevka. Sicer bi se dopustilo, da bi se pogoj za dopustnost, ki ni bil izpolnjen pravočasno, izpolnil po roku, kar bi kršilo načela enakega obravnavanja, nepristranskosti in preglednosti.

31. Po mnenju italijanske vlade bi bilo mogoče ponudniku dati možnost, da dokaže, da je dejansko izpolnil zadevni pogoj, samo če bi šlo za zgolj sekundarno neizpolnitev (plačilo, opravljeno drugače, kot se zakonsko zahteva, ali neobstoj dokazila, da je bilo plačilo izvedeno v zahtevanem trenutku in na zahtevani način).

32. Posledično italijanska vlada predlaga, naj se na drugo vprašanje odgovori, da načela, na katera se sklicuje predložitveno sodišče, ne nasprotujejo nacionalni zakonodaji, ki dopušča izločitev ponudnika, ki ni izpolnil obveznosti, ki sicer ni izrecno določena v zakonu za zadevno tovrstno javno naročilo, vendar jo je mogoče izpeljati iz nekaterih zakonskih določb z razlago, ki jo je vedno znova uporabila zadevna državna uprava.

33. Komisija na drugi strani meni, da se drugo vprašanje nanaša posebej na razlago načela enakega obravnavanja in obveznosti preglednosti. Po njenem mnenju navedeni načeli pomenita, da mora naročnik jasno navesti razpisne zahteve, tako da je primerno obveščen in običajno skrben ponudnik lahko z njimi seznanjen. Komisija poleg tega meni, da Direktiva 2004/18 zahteva, da so razlogi za izločitev navedeni v obvestilu o javnem naročilu.

⁷ — C-336/12, EU:C:2013:647, točka 32.

34. Po mnenju Komisije te zahteve niso izpolnjene, če obveznost, ki je sankcionirana z izločitvijo (v obravnavanem primeru gre za plačilo prispevka upravnemu organu), ni izrecno določena v razpisni dokumentaciji niti ne izhaja iz nacionalnega pozitivnega prava, temveč jo je mogoče izpeljati samo iz široke razlage tega prava, s katero je mogoče zapolniti praznino, ki sicer obstaja v navedeni dokumentaciji. Komisija meni, da gre za položaj, ki je poleg domačih gospodarskih subjektov še posebej v škodo gospodarskim subjektom, ki imajo sedež v drugih državah članicah, glede katerih tako obstaja nevarnost, da se znajdejo v slabšem položaju.

35. Komisija tudi meni, da je treba načeli enakega obravnavanja in sorazmernosti razlagati tako, da ne nasprotujeta temu, da naročnik da gospodarskemu subjektu možnost, da izpolni obveznost plačila, ki je predmet spora, v roku, ki ga določi naročnik.

V – Presoja

A – Prvo vprašanje

36. Čeprav italijanska vlada zatrjuje, da je dopustnost vprašanja vprašljiva, pa ne predlaga njegove nedopustnosti. In prav gotovo ni razlogov, da se *a limine* zavrne dvom Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana glede združljivosti členov 47 in 48 Direktive 2004/18 in nacionalne določbe, ki v okviru postopka za oddajo javnega naročila storitev omogoča gospodarskemu subjektu, da se delno sklicuje na zmogljivosti druge osebe, da bi izpolnil merila za sodelovanje pri postopku oddaje javnega naročila.

37. Vendar se strinjam z italijansko vlado in Komisijo, da se v obravnavanem primeru uporabi doktrina Sodišča iz sodbe Swm Costruzioni, saj sta obe zadevi v bistvu enaki v delu, v katerem se nanaša na obravnavane pravne podrobnosti.

38. V sodbi Swm Costruzioni je Sodišče potrdilo, da določbe členov 47(2) in 48(3) Direktive 2004/18 „kandidatom ali ponudnikom načeloma ne prepovedujejo, da se pri dokazovanju, da izpolnjujejo minimalno stopnjo sposobnosti, sklicujejo na zmogljivosti več tretjih subjektov. *A fortiori*, ti določbi načeloma ne prepovedujeta, da se kandidat ali ponudnik hkrati s sklicevanjem na svoje sposobnosti sklicuje tudi na zmogljivost enega ali več tretjih subjektov, da bi zadostil merilom, ki jih je določil naročnik“.⁸

39. Za Sodišče ta možnost ni brezpogojna, temveč je odvisna od tega, ali „se naročniku dokaže, da bo kandidat ali ponudnik, ki se sklicuje na zmogljivosti enega ali več drugih podjetij, dejansko razpolagal z njihovimi sredstvi, ki so potrebna za izvedbo javnega naročila“.⁹

40. Res je, da Sodišče ne izključuje tega, da lahko obstajajo „gradnje, ki so specifične in zahtevajo določeno sposobnost, ki je ni mogoče doseči s kumuliranjem manjših sposobnosti več subjektov“,¹⁰ kar so okoliščine, v katerih je treba „na podlagi člena 44(2), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 [...] zahteva[ti], da minimalno stopnjo zadevne sposobnosti doseže en sam gospodarski subjekt ali eventualno s sklicevanjem na omejeno število gospodarskih subjektov, če bi bila ta zahteva povezana

8 — Sodba Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 30).

9 — Sodba Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 33).

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

in sorazmerna s predmetom zadevnega javnega naročila¹¹. Kljub temu meni, da „je to izjemen primer“,¹² in posledično zagotavlja, da „Direktiva 2004/18 nasprotuje temu, da bi se ta zahteva v nacionalnem pravu določila kot splošno pravilo, kot je to v primeru člena 49(6) zakonske uredbe št. 163/2006“.¹³

41. Glede na zgoraj navedeno je mogoče na vprašanje, ki ga je zastavilo Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, dati enak odgovor, kot ga je dalo Sodišče v zadevi Swm Costruzioni. Poleg tega je treba opozoriti, tako kot je storila Komisija,¹⁴ da v tej zadevi ne gre za izjemen primer, zaradi katerega se v skladu s točko 35 navedene sodbe lahko „zahteva[...], da minimalno stopnjo zadevne sposobnosti doseže en sam gospodarski subjekt“, saj je sporna sposobnost popolnoma ekonomska.

42. Predložitveno sodišče trdi, da onkraj tega, kar je mogoče sklepati iz Direktive 2004/18, bi Direktiva 2014/24 lahko strožje omejila možnost sklicevanja na zmožnosti tretje osebe zaradi izpolnjevanja razpisnih pogojev. Po drugi strani se italijanska vlada in Komisija strinjata, da zadnjenavedene direktive ni mogoče uporabiti v spornem primeru. V celoti se strinjam s to presojo.

43. Predložitveno sodišče priznava, da se rok za prenos Direktive 2014/24 še ni iztekel, kar je zadostni razlog za to, da se je ne uporabi v tej zadevi, vendar se sklicuje na „obveznost nacionalnih sodišč, da med vsemi mogočimi razlagami notranjega prava izberejo in se odločijo samo za tisto, ki je v skladu s skupnimi predpisi Evropske unije, ki jih je treba prenesti“.¹⁵

44. Sodna praksa Sodišča nalaga državam članicam obveznost, da „ne smejo sprejemati ukrepov, ki bi lahko resno ogrozili dosego cilja direktive“ v obdobju, določenemu za prenos direktive,¹⁶ vendar ne gre v to skrajnost, da bi obvezala nacionalno sodišče, naj nacionalno pravo razlaga tako, da bo popolnoma v skladu z direktivo, katere rok za prenos se še ni iztekel.

45. Poleg tega je presoja Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana vprašljiva, saj je Direktiva 2014/24 strožja od Direktive 2004/18 glede možnosti sklicevanja na zmožnosti tretjih oseb; to pa je tema, glede katere menim, da je ni potrebno dodatno vsebinsko pojasnjevati glede na to, da za spor ni upoštevana.

46. Zato menim, da člena 47 in 48 Direktive 2004/18 ne nasprotujeta nacionalni zakonodaji, ki v okoliščinah primera, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, dovoljuje delno sklicevanje na zmožnosti drugih podjetij z namenom izpolnitve meril za izbor.

B – Drugo vprašanje

47. Drugo vprašanje predložitvenega sodišča se mi zdi veliko bolj kočljivo. Različnost stališč, ki jih zastopata italijanska vlada in Komisija, priča o njegovi težavnosti. Medtem ko prva trdi, da izločeni gospodarski subjekt ne bi smel prezreti zahteve po izpolnitvi spornega pogoja (predhodno plačilo prispevka AVCP), pa druga meni, da bi bilo mogoče navedeni pogoj zahtevati, samo če bi bil izrecno naveden v razpisni dokumentaciji ali bi jasno izhajal iz veljavnega pozitivnega prava.

11 — *Loc. cit.*

12 — Sodba Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 36).

13 — *Loc. cit.*

14 — Točka 30 pisnih stališč.

15 — Točka C1 predložitvene odločbe.

16 — Sodba Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, točka 45).

48. Po mojem mnenju sta si obe stališči dejansko bolj podobni, kot se zdi. Tako se je italijanska vlada osredotočila na merilo, da je treba poznati sporni pogoj, medtem ko je Komisija svojo pozornost usmerila na objavo navedenega pogoja. Konec koncev pa gre za dva dopolnjujoča se vidika, saj je namen objave pogoja, da postane ta pogoj znan, to pa je mogoče (in se zahteva), če je bil ta pogoj ustrezno objavljen.

49. Sodišče je v svoji sodni praksi vztrajalo pri tem, da je nujno, da „morajo biti vse določbe in pogoji postopka oddaje javnega naročila v obvestilu o javnem naročilu ali razpisni dokumentaciji jasno, natančno in nedvoumno določeni, da vsi povprečno usposobljeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo njihov pomen in jih lahko enako razlagajo ter naročnik lahko dejansko preveri, ali so ponudbe izpolnjevale merila, ki veljajo za zadevno naročilo“.¹⁷

50. Obveznost „jasne, natančne in nedvoumne“ objave nalaga, prvič, načelo enakega obravnavanja, ki „zahteva, da imajo vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti, in torej zahteva, da za vse konkurente veljajo enaki pogoji“;¹⁸ in drugič, načelo preglednosti, katerega cilj „je zagotoviti neobstoje tveganja favoriziranja in samovolje naročnika“.¹⁹ Načeli enakega obravnavanja in preglednega delovanja, na kateri se člen 2 Direktive 2004/18 sklicuje kot na „načela za oddajo naročil“, sta tisti, ki jih morajo naročniki spoštovati.

51. Zato ni dvoma, da mora biti ponudnikom omogočeno, da se seznanijo z razpisnimi pogoji, kar ustreza osnovnim zahtevam po enakem obravnavanju in preglednosti. Vendar pa je bolj sporno, v kakšnem obsegu morajo biti vse zahteve za dopustitev k javnemu razpisu izrecno navedene v obvestilu o javnem naročilu ali v razpisni dokumentaciji, oziroma, nasprotno, za katere določene zahteve je na splošno mogoče šteti, da so znane, čeprav niso izrecno navedene v teh dokumentih.

52. Po mojem mnenju glede na cilj, ki mu sledi obveznost objave pogojev – ki ni drugega kot zagotovilo za razumevanje njegove vsebine in obsega „vseh primerno obveščenih in običajno skrbnih ponudnikov“ – ne bi bilo logično, da bi bili naročniki prav tako zavezani, da navedejo tiste, katerih izpolnitev zahtevajo splošno veljavni predpisi, ki jih „primerno obveščen in običajno skrben ponudnik“ ne sme prezreti. V mislim imam, na primer, osnovne zahteve, ki v okviru civilnega in trgovinskega prava vplivajo na pravno sposobnost oseb in gospodarskih družb, to so zahteve, ki jih mora vsak gospodarski subjekt poznati, ne more pa zahtevati, da so izrecno in podrobno navedene v dokumentaciji javnega razpisa.

53. Res je, da se lahko pojavijo dvomi okrog drugih, manj „očitnih“ zahtev ali, drugače povedano, manj „logičnih“ ali „naravnih“ zahtev, ki pa jih mora minimalno skrben in obveščen ponudnik nujno poznati. Prav skrbnost in obveščenost, ki jih je razumno zahtevati od ponudnika, po mojem mnenju tvorita odločilno merilo za popolno razumevanje duha, ki mu ustrezata člena 2 Direktive 2004/18 in razlaga načel enakega obravnavanja in preglednosti, ki jo je v tem okviru podalo Sodišče.²⁰

54. Italijanska vlada je v svojih pisnih stališčih²¹ navedla, da člen 46(1a) zakonske uredbe št. 163/2006 kot pogoje za izločitev določa tiste, ki so navedeni v tej zakonski uredbi in obvestilu o javnem naročilu, ter tudi tiste, ki so navedeni „v drugih veljavnih zakonskih določbah“. Med temi „drugimi zakonskimi določbami“ je mogoče najti določbe o finančnih obveznostih, ki so skupne vsem ponudnikom in ki jih morajo ti poravnati, če ne želijo biti izločeni iz postopka oddaje javnega naročila.

17 — Sodba *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44, z navedbo sodbe *Komisija/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, točke od 108 do 111)).

18 — *Loc. cit.*

19 — *Loc. cit.*

20 — Poleg zgoraj navedenih sodb *Cartiera del'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) in *Komisija/CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236) je treba med drugim omeniti sodbe *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553), *La Cascina* (C-226/04 in C 228/04, EU:C:2006:94), *Manova* (C-336/12, EU:C:13:647) in *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Točka 66.

55. Člen 27(1) Direktive 2004/18 pravzaprav ne zahteva, da razpisna dokumentacija podrobno določi vse „obveznosti v zvezi z davki, varovanjem okolja, določbah o zaščiti delovnega mesta in pogojih za delo, ki veljajo v državi članici“. Za ponudnike ali kandidate te obveznosti – katerih neizpolnitev lahko eventualno pripelje do njihove izločitve – ne prenehajo zaradi dejstva, da niso izrecno navedene v razpisni dokumentaciji.

56. Italijanska zakonodaja, kot jo razlagajo nacionalna sodišča, mora določiti, ali bi bilo mogoče prispevek AVCP zaradi njegovih značilnosti opredeliti kot finančno obveznost v širšem smislu. Prav tako morajo italijanska sodišča (tako da podprejo ali zavrnejo razlago javnega organa, ki je prejemnik plačila prispevka) določiti subjektivni in objektivni obseg odstavkov 65 in 67 člena 1 zakona št. 266/2005 v zvezi s prispevkom, zaradi neplačila katerega je bila družba CRGT izločena iz postopka oddaje javnega naročila.

57. Sodišče se ne bi smelo udeležiti razprave – ki bi bila opredeljena kot popolnoma notranja razprava – o tem, ali so italijanski upravni ali sodni organi bolj ali manj široko razlagali določbe zakona št. 266/2005. Če je AVCP – kot je razvidno iz predložitvene odločbe – vedno znova razlagal zakon št. 266/2005 tako, da zahteva po plačilu prispevka velja za javna naročila storitev, in je to merilo potrdilo Consiglio di Stato, ki je sodišče, ki ima zadnjo besedo glede nacionalnega prava, je treba to upoštevati.

58. Te ugotovitve veljajo tudi za izločitev kot posledico neplačila prispevka. Ponovno – in še vedno glede na podatke, ki so na voljo v tem postopku – tako AVCP kot tudi sodni organi, ki so podprli njegovo presojo, so presodili, da neizpolnitev obveznosti plačila tega prispevka, ki je določena v prisilni pravni normi, ni pa določena v razpisni dokumentaciji, neizogibno pripelje do izločitve iz postopka oddaje javnega naročila.

59. Vse to kaže na to, da razlaga zakonitosti, na kateri temelji uporaba odstavkov od 65 do 67 člena 1 zakona št. 266/2005 za javna naročila storitev, izhaja iz doktrine, ki jo je pristojni upravni organ, AVCP, vzpostavil vsaj že leta 2008. To razlago je očitno podprlo nacionalno vrhovno upravno sodišče v sodni praksi, katere nastanek v tem postopku ni bil opredeljen. Vsekakor je razvidno, da gre za doktrino, ki jo AVCP redno uporablja v vseh primerih postopka oddaje javnih naročil storitev (italijanska vlada dejansko našteva različne tovrstne odločbe AVCP iz več zaporednih let). Nazadnje je treba domnevati, da je gospodarski subjekt, ki je bil izključen v sodnem postopku *a quo* (CRGT), ki je prej opravljal storitev, ki je predmet razpisa, vedel za to obveznost oziroma bi zanj lahko vedel.

60. Ob teh pridržkih je torej mogoče govoriti o izključitveni določbi, ki se je, čeprav ni bila izrecno navedena niti v obvestilu o javnem naročilu niti v razpisni dokumentaciji, izoblikovala prek ustaljene razlage zakonske določbe, pri čemer je bila ta razlaga sodno potrjena. Razlaga, ki jo podpira AVCP in ki so jo sodišča potrdila, je v prid temu, da ni mogoče sprejeti predloženih ponudb, če prispevek ni bil plačan.

61. Priznam, da bi ga bilo hipotetično lahko opredeliti kot pogoj, ki ga je težko ugotoviti, tako da to, da se tak pogoj zahteva, načeloma ne bi bilo v skladu z doktrino Sodišča na tem področju. Vendar menim, da bi bilo drugače, če se omeji na merilo minimalno skrbnega in obveščenega ponudnika, kot bom razložil v nadaljevanju, čeprav Sodišče morda ni v najboljšem položaju, da na to opozori.

62. Samo predložitveno sodišče lahko namreč ugotovi, ali bi v konkretnih okoliščinah tega primera izločeni ponudnik moral poznati razlago zakona št. 266/2005 in prakso, ki se ji sledi v tovrstnih razpisih in ki je bila utrjena s stalno uporabo v upravi ter v skladu s katero je plačilo prispevka AVCP prav tako obvezno v javnih naročilih storitev. Za njegovo presojo je lahko koristno, če ugotovi, ali je izločeni ponudnik sodeloval na razpisih z enakimi značilnostmi in v katerih se je za sporen pogoj štelo, da ga je mogoče zahtevati na podlagi razlage zakona št. 266/2005, kakor jo je sprejelo AVCP.

63. Nazadnje, naloga predložitvenega sodišča je, da določi, ali sta doktrina AVCP in sodna praksa Consiglio di Stato podjetjem, ki nastopajo kot ponudniki v postopkih oddaje javnega naročila, dovolj znani, da je mogoče sklepati, da je skrben in obveščen ponudnik ne more prezreti.

64. Ta zadnja trditev pripelje do druge trditve, za katero menim, da je upoštevna z vidika načela enakega obravnavanja. Če se bo ugotovilo, da so v praksi vsi ponudniki seznanjeni z doktrino AVCP in v celoti plačujejo sporni prispevek, bi šlo za diskriminatorno ravnanje, če bi se specifičnega ponudnika oprostilo te obveznosti.

65. Res je, kot je navedla Komisija,²² da se zahteva po izpolnitvi pogoja, kakršna se tu preučuje, lahko izkaže za še posebej škodljivo za ponudnike s sedežem v drugih državah članicah, katerih raven poznavanja nacionalnega prava in njegove avtentične razlage se ne more primerjati s poznavanjem domačih ponudnikov. Vendar merilo primerno obveščene in običajno skrbnega ponudnika – ki je ključno za rešitev, ki jo predlagam – omogoča, da se to težavo odpravi, saj je treba stopnjo obveščenosti in skrbnosti v vsakem primeru posebej prilagoditi značilnostim konkretnega ponudnika, tako da v obravnavani zadevi poznavanje, ki bi lahko bilo nujno potrebno v primeru družbe CRGT, ne bi bilo nujno potrebno v primeru tujega ponudnika.

66. Za konec ostane še dvom glede morebitne izpolnitve obveznosti plačila prispevka, ki ga določa zakon št. 266/2005. V zvezi s tem menim, tako kot Komisija, da če predložitveno sodišče ugotovi, da je primerno obveščen in običajno skrben ponudnik prezrl obstoj take obveznosti, mu naročnik mora odobriti zadosten rok, da odpravi to nepravilnost. Gre za posledico, ki jo je mogoče izpeljati, *sensu contrario*, iz doktrine Sodišča, v skladu s katero naročnik ni zavezan sprejeti „kakršn[ih] koli popravk[ov] v zvezi z opustitvami, za katere razpisna dokumentacija izrecno določa, da je zaradi njih takega ponudnika treba izključiti“.²³ Ravno za to gre pri neizpolnitvi obveznosti, ki je ni mogoče razbrati iz „tistega, kar je izrecno določeno v [teh] dokumentih“.

67. Če povzamem, pravo Unije ne nasprotuje nacionalni zakonodaji, ki dovoli, da se iz postopka oddaje javnega naročila izloči ponudnika, ki ni izpolnil finančne obveznosti, če tako zahteva – čeprav ni izrecno navedeno v obvestilu o javnem naročilu ali razpisni dokumentaciji – ustaljena upravna razlaga veljavnega nacionalnega zakona, pri čemer je razlago potrdilo sodišče, če primerno obveščen in običajno skrben ponudnik navedene okoliščine ne more prezreti, kar pa mora ugotoviti nacionalno sodišče. Če bi se sprejelo, da poznavanje te obveznosti ni nujno potrebno, mora naročnik izločenemu ponudniku odobriti zadosten rok, da izpolni to obveznost.

VI – Predlog

68. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori:

1. Člena 47 in 48 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev je treba razlagati tako, da ne nasprotujeta nacionalni zakonodaji, ki pri storitvah dovoljuje delno sklicevanje na zmogljivost več podjetij.
2. Načela prava Evropske unije, zlasti načeli enakega obravnavanja in preglednosti, ne nasprotujejo nacionalni zakonodaji, ki dovoli, da se iz postopka oddaje javnega naročila izloči ponudnika, ki ni izpolnil finančne obveznosti, če tako zahteva – čeprav ni izrecno navedeno v obvestilu o javnem naročilu ali razpisni dokumentaciji – ustaljena upravna razlaga veljavnega nacionalnega zakona, pri čemer je razlago potrdilo sodišče, če primerno obveščen in običajno skrben ponudnik navedene

22 — Točka 38, *in fine*, pisnih stališč.

23 — Sodba Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 46).

okolščine ne more prezreti, kar pa mora ugotoviti nacionalno sodišče. Če bi se sprejelo, da poznavanje te obveznosti ni nujno potrebno, mora naročnik izločenemu ponudniku odobriti zadosten rok, da izpolni to obveznost.