

Zadeva C-6/20

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

7. januar 2020

Predložitveno sodišče:

Tallinna Ringkonnakohus (Estonija)

Datum predložitvene odločbe:

19. december 2019

Pritožnik:

Sotsiaalministeerium

Nasprotna stranka v postopku s pritožbo:

Innove SA

Predmet postopka v glavni stvari

Pritožba, ki jo je vložilo Sotsiaalministeerium (ministrstvo za socialne zadeve, Estonija) zoper sodbo Tallinna Halduskohus (upravno sodišče v Talinu, Estonija) z dne 22. maja 2019, s katero je bila zavrnjena tožba ministrstva za socialne zadeve za razglasitev ničnosti sklepa o finančnih popravkih družbe Innove SA (v nadaljevanju: Innove), s katerim so bili zaradi domnevne kršitve določb o oddaji javnih naročil zavrnjeni zahtevki za plačilo, ki jih je ministrstvo za socialne zadeve predložilo v okviru projekta za odobritev pomoči v hrani.

Predmet in pravna podlaga predloga

Predlog na podlagi člena 267, tretji odstavek, PDEU za razlago členov 2 in 46 Direktive 2004/18.

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba člena 2 in 46 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 člen 41(3) Riigihangete seadus (RHS) (zakon o javnih naročilih), v skladu s katero mora javni naročnik, če zakon določa posebne zahteve za dejavnosti, ki se opravljajo na podlagi javnega naročila, v obvestilu o razpisu navesti, katere odobritve ali dovoljenja za opravljanje dejavnosti so potrebna za opredelitev ponudnika kot ponudnika, ki izpolnjuje pogoje, zaradi preverjanja izpolnjevanja posebnih zakonskih zahtev v obvestilu o razpisu zahtevati predložitev dokazila o dovoljenju za opravljanje dejavnosti ali odobritvi in ponudnika, če nima ustreznega dovoljenja za opravljanje dejavnosti ali odobritve, zavrniti kot ponudnika, ki ne izpolnjuje pogojev?

2. Ali je treba člena 2 in 46 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev skupaj razlagati tako, da nasprotujeta temu, da javni naročnik pri naročilu o nabavi pomoči v hrani, ki presega mednarodno mejno vrednost, za ponudnike določi izbirno merilo, v skladu s katerim morajo vsi ponudniki, ne glede na to, kje so doslej opravljali dejavnost, že pri oddaji ponudb imeti dovoljenje za opravljanje dejavnosti ali biti odobreni v državi, v kateri se odobri pomoč v hrani, tudi če ponudnik doslej ni opravljal dejavnosti v tej državi članici?

3. Če je odgovor na zadnje vprašanje pritrdilen:

3.1 Ali je treba člena 2 in 46 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev šteti za določbi, ki sta tako jasni, da se zoper njiju ni mogoče sklicevati na načelo varstva legitimnih pričakovanj?

3.2 Ali je treba člena 2 in 46 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 je mogoče položaj, v katerem javni naročnik pri javnem razpisu o pomoči v hrani od ponudnikov na podlagi zakona o živilih zahteva, da imajo že ob oddaji ponudbe dovoljenje za opravljanje dejavnosti, šteti za očitno kršitev veljavne zakonodaje, malomarnost ali zlorabo, ki nasprotuje sklicevanju na načelo varstva legitimnih pričakovanj?

Navedene določbe prava Unije

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, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132), člena 2 in 46.

Uredba (ES) št. 852/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o higieni živil (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 34, str. 319), člen 6(3)(a), (b) in (c).

Uredba (ES) št. 853/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o posebnih higienskih pravilih za živila živalskega izvora (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 3, zvezek 45, str. 14).

Sklep Komisije C(2013) 9527 final z dne 19. decembra 2013 o opredelitvi in odobritvi smernic za določanje finančnih popravkov pri izdatkih, financiranih s strani Unije v okviru deljenega upravljanja, ki jih izvede Komisija zaradi neskladnosti s pravili o javnih naročilih.

Navedene določbe nacionalnega prava

Riigihangete seadus (RHS) (zakon o javnih naročilih) v različici, ki je veljala do 31. avgusta 2017 (prečiščeno besedilo RT I, 25. oktober 2016, 20), člen 3, člen 15(2), člen 39(1) in člen 41(3).

Toiduseadus (ToiduS) (zakon o živilih) (RT I 1999, 30, 415, s poznejšimi spremembami), členi 7, 8 in 10.

Periodi 2014–2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (zakon o strukturni pomoči za obdobje 2014–2020), člena 3 in 4.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka

- 1 Ministrstvo za socialne zadeve je v letih 2015 in 2017 izvedlo odprta razpisa št. 157505 in št. 189564 „Pomoč v hrani za najbolj ogrožene osebe“, ki sta presegala mednarodno mejno vrednost (ocenjena vrednost vsakega razpisa je bila štiri milijone EUR). V obvestilu o razpisu javnega naročila št. 157505 je bilo navedeno, da je moral biti ponudnik odobren s strani Veterinaar- ja Toiduamet (veterinarski in živilski urad, Estonija) (v nadaljevanju: VTA), kot je potrebno za izvedbo tega naročila, ter da je moral predložiti potrdilo v zvezi s tem in številko odobritve. Razpisna dokumentacija za javno naročilo št. 157505 je bila med razpisom spremenjena. Ponudniku po tej spremembi ni bilo več treba predložiti potrdila o odobritvi VTA in številke odobritve, ampak je zadostovalo potrdilo o izpolnjevanju obveznosti registracije oziroma dovoljenja. Enaka zahteva je bila določena za javno naročilo št. 189564. Pri obeh javnih naročilih so se sklenile okvirne pogodbe s tremi uspešnimi ponudniki.
- 2 Družba Innove je s sklepom o finančnih popravkih z dne 30. oktobra 2018 zavrnila sprejem zahtevkov za plačilo, ki jih je ministrstvo za socialne zadeve v okviru „pogojev za nakup in razdelitev pomoči v hrani najbolj ogroženim osebam“ v višini 463.291,55 EUR predložilo za podporo projekta „dobava živil in prevoz do kraja skladiščenja“, ker naj ministrstvo za socialne zadeve ne bi

izpolnilo svoje obveznosti spoštovanja Riigihangete seadus (zakon o javnih naročilih, v nadaljevanju: RHS), ki je veljal do 31. avgusta 2017, določene v Periodi 2014–2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (zakon o strukturni pomoči za obdobje 2014–2020).

- 3 Družba Innove je menila, da sta obe javni naročili določali izbirna merila, ki so neprimerno omejila krog ponudnikov, zlasti tujih. Neprimerna omejitev naj bi bila v tem, da se je od ponudnikov zahtevala odobritev estonskega organa oziroma izpolnitev obveznosti registracije in dovoljenja v Estoniji. Čeprav bi lahko ponudnik ta določeni pogoj izpolnil tako, da bi se oprl na sredstva druge osebe ali oddal skupno ponudbo z osebo, ki izpolnjuje pogoje, naj to ne bi pomenilo, da je ta določeni pogoj zaradi tega zakonit, to je, da ne omejuje prekomerno kroga ponudnikov. Mogoče naj bi bilo, da so se ponudniki, ki se niso mogli opreti na sredstva druge osebe ali oddati skupne ponudbe, odpovedali sodelovanju na razpisu, ker naj ne bi mogli spoštovati roka za oddajo ponudbe. Ministrstvo za socialne zadeve naj bi kršilo člen 3 in člen 39(1) RHS. Odločba naj bi temeljila na presoji Rahandusministeerium (ministrstvo za finančne zadeve, Estonija), v okviru katere naj bi se preverilo sporna javna razpisa. V končnem poročilu o presoji naj bi bilo navedeno, da naj bi bila izbirna merila, določena v obvestilih o razpisu javnih naročil št. 157505 in št. 189564, za tuje ponudnike neprimerno omejevalna.
- 4 Družba Innove je z odločbo o ugovoru z dne 25. januarja 2019 zavrnila ugovor ministrstva za socialne zadeve in zavzela stališče, da zahteva po obvezni registraciji in dovoljenju za opravljanje dejavnosti, določena v obvestilih o razpisu, diskriminira ponudnike na podlagi njihovega izvora in pomeni nesorazmerno omejitev, ki je omogočila različno obravnavanje ponudnikov.
- 5 Ministrstvo za socialne zadeve je vložilo tožbo pri Tallinna Halduskohus (upravno sodišče v Talinu) in predlagalo, naj se odločba o finančnih popravkih z dne 30. oktobra 2018, ki jo je izdala družba Innove, razveljavi. Tožeča stranka je trdila, da sta bila razpisa izvedena pravilno in da nima diskrecijske pravice glede odločitve, v kateri fazi postopka je treba določiti zahtevo po dovoljenju za opravljanje dejavnosti. Posebne zahteve za dejavnosti, ki se opravljajo, ki jih za oddajo javnih naročil določa zakon, naj bi bile pri javnih naročilih št. 157505 in št. 189564 zahteve po obvezni registraciji in dovoljenju, določene v členih 7 in 8 Toiduseadus (zakon o živilih, v nadaljevanju: ToiduS) in členu 6(3) Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 852/2004. V izpodbijani odločbi naj bi bilo zastopano napačno stališče, da naj javni naročnik zato, ker gre za javno naročilo o živilih (dobavah), ne bi mogel zahtevati dovoljenja za opravljanje dejavnosti na podlagi člena 46 Direktive 2004/18. Izvajalec ali skladišče, ki ga uporablja v okviru pogodb ali naročil podizvajalcem, naj bi moral imeti v Estoniji, če fizično rokuje z živili, dovoljenje za opravljanje dejavnosti, ki ga izda VTA, vzajemnega priznavanja dovoljenj za opravljanje dejavnosti rokovanja z živili pa naj med državami članicami ne bi bilo. Javni naročnik naj ne bi imel možnosti, da bi kot ponudnika, ki izpolnjuje pogoje, opredelil ponudnika, ki ima dovoljenje za opravljanje dejavnosti, ki ga je izdala država njegovega sedeža. Glede na rok za oddajo ponudb za mednarodni razpis (vsaj 40 dni) in rok za postopek izdaje

dovoljenja (30 dni), določen v ToiduS, naj bi imel ponudnik na voljo tudi dovolj časa za postopek pridobitve dovoljenja. Tožeča stranka meni, da obstoj škode ni bil dokazan. Poleg tega naj bi javno naročilo št. 157505 v preteklosti dvakrat pregledali revizorji ministrstva za finance, s presojo pa naj bi bilo ugotovljeno, da so pogoji (vključno s tistimi, ki se nanašajo na dovoljenje za opravljanje dejavnosti) skladni z RHS. Sprememba razlage z učinkom za nazaj naj ne bi bila v skladu z načelom dobrega upravljanja.

- 6 Družba Innove je predlagala, naj se tožba zavrne. Potrdila je, da javni naročnik na podlagi dobesedne razlage člena 41(3) RHS od ponudnika sicer očitno lahko zahteva, naj s predložitvijo dovoljenja za opravljanje dejavnosti, ki se zahteva na podlagi estonske zakonodaje, ali odobritve ali drugega primernega potrdila dokaže, da izpolnjuje posebne zahteve, vendar je treba to zahtevo razlagati na podlagi upoštevnega pravnega akta Unije (zlasti Direktive 2004/18) in v povezavi z zadevno sodno prakso. Poleg tega naj pogoj, v skladu s katerim je javni naročnik izpolnitev posebnih zahtev estonske zakonodaje od ponudnikov zahteval že pri oddaji ponudbe, ne bi bil skladen z načelom enakega obravnavanja, določenim v členu 3, točka 3, RHS. Družba Innove je poleg tega menila, da v skladu s sodno prakso Sodišča načelo enakega obravnavanja ponudnikov nasprotuje določitvi pogojev za sodelovanje na razpisu, za izpolnjevanje katerih je treba poznati prakso države, v kateri ima javni naročnik sedež (sodbi z dne 14. decembra 2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, točka 42, in z dne 2. junija 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, točke 45, 46 in 51).
- 7 Družba Innove meni, da bi bilo treba v okviru razpisov preveriti, ali so bili ponudniki, ki so prej opravljali storitve v drugi državi članici, in ponudniki, ki so prej opravljali dejavnost na področju živil v Estoniji, z določitvijo spornega pogoja v enakem položaju in so s tem izpolnjevali zahteve estonske zakonodaje. Družba Innove je poudarila, da načelo varstva legitimnih pričakovanj ni bilo kršeno. Legitimna pričakovanja prejemnika glede ohranitve podpore naj bi bilo treba presojati ob upoštevanju pravice tretjih oseb, da brez nezakonitih omejevalnih pogojev sodelujejo v konkurenčnem postopku in postopku za oddajo javnega naročila, in ob upoštevanju javnega interesa, med drugim interesa Unije za zagotovitev pravičnega delovanja notranjega trga s konkurenčnimi postopki za oddajo javnih naročil in pregledno uporabo finančnih sredstev Unije. V obravnavanem primeru naj bi bilo treba pravice tretjih oseb in interese Skupnosti skupaj šteti za prevladujoče javne interese, ki naj bi prevladali nad morebitnimi legitimnimi pričakovanji prejemnika podpore glede tega, da sporna odločba ne bo izdana.
- 8 Ministrstvo za finance je predlagalo, naj se tožba zavrne. Trdilo je, da tožeča stranka nima procesnega upravičenja in da upravno sodišče ni pristojno za odločitev o tej tožbi, ker nacionalna zakonodaja za rešitev tega spora določa drug postopek. Menilo je, da so bila izbirna merila, navedena v obvestilu o razpisu, neprimerno omejevalna. Utemeljevalno je, da morajo tuji ponudniki, ki nimajo sedeža opravljanja dejavnosti v Estoniji, izpolnjevati zahteve države, v kateri opravljajo dejavnost, in jih nadzira pristojni organ države njihovega sedeža.

Estonija naj ne bi mogla presojeti dovoljenja tujih ponudnikov za opravljanje dejavnosti rokovanja z živili, saj naj ne bi mogla nadzirati dejavnosti tujega podjetja. Zahteva po obvezni registraciji in dovoljenju naj bi bila zahteva na podlagi prava Unije, ki naj bi veljala v vsej Uniji. Da bi bila predvidena omejitev v razmerju do tujih ponudnikov sorazmerna in bi javnemu naročniku hkrati zagotavljala, da ne gre za nezakoniti gospodarski subjekt, naj bi moral javni naročnik za opredelitev, kateri ponudniki izpolnjujejo pogoje, tujim ponudnikom dopustiti, da predložijo enakovredno dovoljenje ali potrdilo, ki ga je izdala država njihovega sedeža ali drug pristojni organ, in naj bi lahko od njih zahteval, da izpolnjujejo zahteve, ki jih določa estonska zakonodaja in so potrebne za izvedbo naročila, šele v fazi izvedbe javnega naročila. Ministrstvo za finance je zavzelo stališče, da načelo varstva legitimnih pričakovanj ne velja za izvršno vejo oblasti. Tudi Sodišče naj bi v zadevnih sodbah presodilo, da se prejemnik podpore ne more sklicevati na legitimna pričakovanja, če v veliki meri ni izpolnil svoje obveznosti.

- 9 Tallinna Halduskohus (upravno sodišče v Talinu) je s sodbo z dne 22. maja 2019 zavrnilo tožbo. V obvestilu o razpisu je bilo navedeno, da je moral biti ponudnik za izvedbo naročila odobren s strani VTA in je moral v zvezi s tem predložiti potrdilo in številko odobritve. Sodišče je ugotovilo, da je posledica te zahteve različno obravnavanje tujih ponudnikov, saj tuji ponudnik, ki prej ni opravljal dejavnosti v Estoniji, ob oddaji ponudbe ni mogel izpolniti zahtevane obveznosti registracije in dovoljenja. Estonski ponudniki, ki so si prej pridobili izkušnje z opravljanjem dejavnosti v Estoniji, naj bi bili v primerjavi z drugimi gospodarskimi subjekti s podobnimi izkušnjami v drugih državah Unije v boljšem položaju.
- 10 Upravno sodišče se je sklicevalo na dokument z naslovom „Smernice za strokovne delavce za preprečevanje najpogostejših napak pri projektih, ki se financirajo iz evropskih strukturnih in investicijskih skladov“, ki ga je pripravila Evropska komisija, v katerem je pod naslovom „Pogoste napake, ki vodijo do finančnih popravkov v fazi povabila k oddaji ponudbe“ kot primer za diskriminatorno zahtevo navedena obveznost, da gospodarski subjekti v času predložitve ponudb že imajo potrdilo o kvalifikacijah/poklicni usposobljenosti, ki ga priznava organ v državi naročnika, ki je diskriminatorna, saj bi tuji ponudniki v času predložitve ponudb težko izpolnjevali to obveznost.
- 11 Zahteva po obvezni registraciji in dovoljenju, ki je bila določena v obvestilu o razpisu, naj ne bi bila posebna zahteva v smislu Direktive 2004/18. Člen 46 Direktive 2004/18 naj bi se nanašal na (posebna) izbirna merila za ponudnike in ne na zahteve, določene glede dovoljenja za opravljanje dejavnosti. Posebna zahteva v smislu Direktive 20[0]4/18 naj bi bila lahko, da bi moral biti ponudnik, da bi lahko rokoval z živili, na primer vpisan v upoštevni register izvajalcev živilske dejavnosti ali da bi moral imeti posebno potrdilo o poklicni usposobljenosti, kar bi bil pogoj za predložitev vloge za pridobitev dovoljenja za opravljanje dejavnosti. Smisel člena 46 direktive naj bi bil bolje posredovan z njeno angleško različico, v kateri je uporabljen izraz „particular authorisation“. Ta

izraz naj bi se nanašal posebej na posebne zahteve za ponudnike. Direktiva 2004/18 naj se ne bi nanašala na (običajne) dovoljene dejavnosti, kot je rokovanje z živili. Poleg tega naj bi za rokovanje z živili veljale zahteve, harmonizirane v EU, tako da naj to ne bi mogla biti „posebna zahteva“.

- 12 Člen 41(3) RHS naj bi bilo treba razlagati v skladu s pravom Unije. Sodišče je zavzelo stališče, da javnemu naročniku ne bi bilo treba sprejeti ustreznega dovoljenja za opravljanje dejavnosti, ki ga je izdala država izvora ponudnika iz druge države članice, ampak bi moral omogočiti, da lahko ponudnik tako dovoljenje pridobi v Estoniji. Sklicevanja tožene stranke na sodbe Sodišča z dne 27. oktobra 2005, Contse in drugi (C-234/03, EU:C:2005:644), z dne 26. septembra 2000, Komisija/Francija (C-225/98, EU:C:2000:494) in z dne 7. julija 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530) naj ne bi bile upoštevne, saj naj bi bile omejitve v obravnavanem primeru posledica nacionalnega pravnega akta (ToiduS), sklicevanje na katerega je v razpisni dokumentaciji.
- 13 Tallinna Halduskohus (upravno sodišče v Talinu) je poleg tega menilo, da je načelo varstva legitimnih pričakovanj načelo prava Unije, na katero se tožeča stranka lahko sklicuje. Pretekle presoje ne bi mogle zagotoviti pravne varnosti glede tega, da pozneje ne bodo ugotovljene nobene kršitve. Presoje ministrstva za finance naj ne bi bile pravno zavezujoče. V skladu s sodno prakso Sodišča se na načelo varstva legitimnih pričakovanj ne bi bilo mogoče sklicevati zoper natančno določbo besedila prava Unije in ravnanje nacionalnega organa, pristojnega za izvajanje prava Unije, ki je s tem pravom v nasprotju, pri gospodarskem subjektu ne bi moglo ustvariti legitimnih pričakovanj, da bo upravičen do obravnavanja, ki je v nasprotju s pravom Unije (sodba z dne 5. marca 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, točka 104 in navedena sodna praksa). Ukrep finančnih popravkov naj ne bi imel kazenskega značaja. Država naj ne bi imela subjektivne pravice do strukturnih pomoči. Zato naj ne bi veljala prepoved retroaktivnosti.

Bistvene trditve strank v pritožbenem postopku

- 14 Ministrstvo za socialne zadeve je pri Tallinna Ringkonnakohus (okrajno sodišče v Talinu, Estonija) vložilo pritožbo, s katero predlaga, naj se sodba Tallinna Halduskohus (upravno sodišče v Talinu) z dne 22. maja 2019 razveljavi in izda nova sodba, s katero naj se ugotovi tožbi.
- 15 Ministrstvo za socialne zadeve meni, da ugotovitev upravnega sodišča, da bi bilo treba namesto izbirnega merila določiti zahteve med fazo izvajanja javnega naročila, ni pravilna. V skladu s členom 39(1) in členom 41(3) RHS naj bi moral javni naročnik pri pridobivanju storitve, za katero je potrebno dovoljenje za opravljanje dejavnosti, to zahtevo, da mora imeti ponudnik dovoljenje za opravljanje dejavnosti, določiti kot izbirno merilo. Obstoj take obveznosti javnega naročnika naj bi potrdila tudi praksa upravnih sodišč (glej sodbo Tallinna Halduskohus (upravno sodišče v Talinu) z dne 21. februarja 2013 v zadevi št. 3-12-2349).

- 16 Člen 41(3) RHS naj ne bi bil v nasprotju s členom 46 Direktive 2004/18/ES. V direktivi naj ne bi bilo določeno, kdaj je potrebno dovoljenje ponudnika za opravljanje dejavnosti. Upravno sodišče naj bi napačno ugotovilo, da je javnemu naročniku s členom 41(3) RHS priznana pravica, da v primeru zakonsko določenih dovoljenj za opravljanje dejavnosti to zahtevo razlaga tako, da lahko ponudnik to zahtevo vedno izpolni tako, da predloži dovoljenje za opravljanje dejavnosti, ki ga je izdala država, v kateri ima sedež. Področje živil naj bi bilo urejeno s posebnimi zakonskimi predpisi o javnih naročilih, katerih posebnosti pa naj upravno sodišče ne bi pojasnilo.
- 17 Ministrstvo za socialne zadeve poleg tega meni, da sklicevanja na sodbe Sodišča v zadevah Contse in drugi (C-234/03), Komisija/Francija (C-225/98) in Ambisig (C-46/15) niso upoštevne. Zahteve, ki so bile predmet teh zadev (obstoj pisarne v državi, v kateri se opravlja storitev, zahteva po članstvu v združenju oblikovalcev v državi članici javnega naročnika in zahteva po overitvi podpisa kupca), naj bi se bistveno razlikovale od zahteve, ki je predmet obravnavane zadeve. Namen zahteve po dovoljenju za opravljanje dejavnosti naj bi bil zagotoviti spoštovanje zahtev za varovanje zdravja in razširjanje varnih živil prejemnikom pomoči. Upoštevna naj tudi ne bi bila sodba Eesti Pagar (C-349/17), ki jo navaja upravno sodišče, saj naj bi se nanašala na zahtevo po vrnitvi državne pomoči, za katero naj bi neposredno veljalo pravo Unije. Prav tako naj ne bi bilo verjetno, da potencialni ponudnik zaradi zahteve po dovoljenju za opravljanje dejavnosti ne bi oddal ponudbe. Tuji ponudniki naj bi lahko posegli po sredstvih druge osebe in oddali skupno ponudbo, če ne bi hoteli ali mogli izpolniti zahteve po dovoljenju za opravljanje dejavnosti.
- 18 Ministrstvo za socialne zadeve nazadnje poudarja, da je tožena stranka s svojim vedenjem kršila načeli varstva legitimnih pričakovanj in dobrega upravljanja. Načelo varstva legitimnih pričakovanj naj sicer ne bi veljalo v primeru očitne kršitve veljavne zakonodaje, malomarnosti ali zlorabe (glej sodbo Sodišča z dne 13. marca 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening in drugi, od C-383/06 do C-385/06, EU:C:2008:165, točki 52 in 56), ki pa naj v obravnavanem primeru ne bi bile podane.
- 19 Družba Innove predlaga, naj se pritožba zavrne, vztraja pri svojem dosedanjem stališču in se strinja z obrazložitvijo sodbe upravnega sodišča.
- 20 Ministrstvo za finance predlaga, naj se pritožba zavrne, in prav tako vztraja pri svojem dosedanjem stališču.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga

- 21 Glavno vprašanje, ki se postavlja v sporu, je, ali se lahko pri nabavi pomoči v hrani kot razpisni pogoj za javno naročilo, ki presega mednarodno mejno vrednost, določi zahteva, da mora biti ponudnik ob oddaji ponudbe odobren s strani estonskih organov na podlagi zakona o živilih oziroma mora v Estoniji izpolnjevati obveznost registracije in dovoljenja, in ali se lahko, če taka zahteva

preveč omejuje tuje ponudnike, v položaju, v katerem je naročilo predhodno preveril pristojni nacionalni organ, na podlagi spremenjene razlage zakona in direktive sprejme odločba o finančnih popravkih.

- 22 V skladu s členom 46, drugi odstavek, Direktive 2004/18 se lahko od ponudnikov kot dokaz za to, da so sposobni opravljati poklicno dejavnost, zahteva, naj predložijo dovoljenje pristojnega organa države članice, v kateri imajo sedež. Vendar je javni naročnik (tožeča stranka) v obravnavanem primeru na podlagi člena 41(3) RHS zahteval predložitev dovoljenja za opravljanje dejavnosti oziroma izpolnitev obveznosti registracije, ki je določena v zakonu o živilih. Pogoj za izvedbo javnega naročila je izpolnitev te obveznosti dovoljenja oziroma registracije, kar med strankama ni sporno. V skladu z Uredbo (ES) št. 852/2004 o higieni živil je za zagotovitev varnosti hrane dopustno zahtevati tako dovoljenje. Vendar pogoji za dovoljenje (odobritev) pristojnega organa niso popolno harmonizirani (glej člen 6(3) [Uredbe]) in gospodarski subjekt mora, da bi lahko opravljal dejavnost v drugi državi članici, pridobiti potrebno odobritev države, v kateri opravlja dejavnost, kar pomeni, da se ne more sklicevati na odobritev v svoji državi izvora.
- 23 Če se za ponudnika šteje, da izpolnjuje pogoje, samo na podlagi obljube, da bo zaprosil za dovoljenje za opravljanje dejavnosti ali odobritev, ki ju določa zakon o živilih, obstaja možnost, da javno naročilo ne bo izvedeno, če ponudnik ne bo izpolnil te obveznosti ali zahtev glede dovoljenja ali odobritve. V tem primeru cilji javnega naročila niso doseženi in mora javni naročnik izvesti nov postopek za oddajo javnega naročila.
- 24 Upravno sodišče je pravilno navedlo, da glede na to, da se je od ponudnikov pričakovalo, da imajo že izkušnje, presoja vplivov tega pogoja na ponudnike, ki so šele začeli opravljati dejavnost v živilski panogi, ni bistvena, tako da tudi ni mogoče trditi, da so bili tuji ponudniki v enakem položaju kot estonski ponudniki, ki so šele začeli opravljati dejavnost v živilski panogi. Estonski ponudniki, ki so si prej pridobili izkušnje z opravljanjem dejavnosti v Estoniji, so bili v primerjavi z drugimi gospodarskimi subjekti s podobnimi izkušnjami v drugih državah Unije v boljšem položaju.
- 25 Zato je pomembno, da se preizkusi, ali zagotovitev varnosti hrane in uresničitev ciljev javnega naročila upravičujeta naložitev omejitve ponudnikom, zaradi katere so tuji ponudniki *de facto* v težjem položaju, v katerem morajo pred oddajo ponudbe zaprositi za potrebno dovoljenje ali odobritev ali pa oddati skupno ponudbo s podjetjem, ki je že odobreno ali registrirano, to je podjetjem, ki opravlja dejavnost v Estoniji. Okrajno sodišče meni, da je pri mednarodnem razpisu, ki presega mejno vrednost, nesorazmerno zahtevati kaj takega od ponudnikov.
- 26 Za člen 46 Direktive 2004/18 ni mogoče šteti, da je dovolj jasen. To vprašanje v dosedanji sodni praksi Sodišča še ni bilo obravnavano. V skladu s sodno prakso Sodišča načelo enakega obravnavanja ponudnikov nasprotuje določitvi pogojev za

sodelovanje pri razpisu, za izpolnjevanje katerih je treba poznati prakso države, v kateri ima javni naročnik sedež (sodba *Connexion Taxi Services*, C-171/15, točka 42, oziroma sodba *Pizzo*, C-27/15, točke 45, 46 in 51). Estonski zakoni so v primerjavi z zgoraj navedenimi primeri jasni. Merila za predložitev vloge za pridobitev dovoljenja ali odobritve so določena v zakonu o živilih, VTA pa je na svoji spletni strani (<https://vet.agri.ee>) tudi pojasnil, kako se lahko zaprosi za dovoljenje; nobeden od ponudnikov ni zatrjeval, da ni razumel teh pogojev, ali zaprosil za njihovo pojasnitev. Tudi sporno izbirno merilo je jasno in ni nevarnosti, da bi se ga lahko razumelo na več načinov.

- 27 Sodišče v zadevah C-225/98 in C-234/03 ni preizkusilo dopustnosti pogojev, ki so bili določeni v javnem interesu celotne Unije. Namen zahteve po odprtju pisarne v državi članici ponudnika ali članstvo v združenju oseb, ki v državi članici ponudnika opravljajo enak poklic, niso javni interesi, ki enako varujejo javnost in potrošnike v vseh državah članicah. Okrajno sodišče meni, da so v obravnavanem primeru v nasprotju z okoliščinami iz navedenih primerov zahteve glede varnosti hrane kot pogoj za izvedbo naročila upravičene in je lahko predmet spora samo, kdaj je moral ponudnik izpolniti ta pogoj – ob oddaji ponudbe ali ob izvedbi naročila. Zato je mogoče v obravnavanem primeru določeno neenakost med ponudniki upravičiti tudi s tem, da je treba zagotoviti učinkovitost postopka za oddajo javnega naročila (poznejša izvedba javnega naročila).
- 28 Zaradi tega okrajno sodišče ne ve, ali je treba člena 2 in 46 Direktive 2004/18 skupaj razlagati tako, da nasprotujeta temu, da javni naročnik pri naročilu o nabavi pomoči v hrani, ki presega mednarodno mejno vrednost, za ponudnike določi izbirno merilo, v skladu s katerim morajo vsi ponudniki, ne glede na to, kje so doslej opravljali dejavnost, pri oddaji ponudb imeti dovoljenje za opravljanje dejavnosti ali biti odobreni v državi, v kateri se odobri pomoč v hrani. Da bi dobili pojasnjevalno razlago, je treba upoštevati tudi posebnosti na področju rokovanja z živili, če je za opravljanje storitev potrebno rokovanje z živili v državi javnega naročnika in če je treba za rokovanje z živili ob upoštevanju diskrecijske pravice, ki je državam članicam delno priznana s členom 6(3)(b) in (c) in delno s členom 6(3)(a) Uredbe št. 852/2004, imeti dovoljenje za opravljanje dejavnosti, ki je potrebno na podlagi člena 8(1), točke od 2 do 9.
- 29 Če je odgovor na predhodno vprašanje, da je nacionalna ureditev, kot je člen 41(3) RHS, v nasprotju z zgoraj navedenimi določbami Direktive 2004/18, je treba poleg tega preizkusiti, ali je mogoče člena 2 in 46 Direktive 2004/18 šteti za tako jasna, da se zoper njiju ni mogoče sklicevati na načelo varstva legitimnih pričakovanj (glej sodbo *Eesti Pagar*, C-349/17, točka 104), in ali je treba ti določbi razlagati tako, da je mogoče vedenje javnega naročnika, kakršno je v obravnavanem primeru, v katerem so morali imeti vsi ponudniki ob oddaji ponudbe dovoljenje za opravljanje dejavnosti na podlagi zakona o živilih, šteti za očitno kršitev veljavne zakonodaje, malomarnost ali zlorabo, ki nasprotuje sklicevanju na načelo varstva legitimnih pričakovanj (glej sodbo *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* in drugi, od C-383/06 do C-385/06, točki 52 in 56).