

Zadeva C-927/19**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

18. december 2019

Predložitveno sodišče:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litva)

Datum predložitvene odločbe:

17. december 2019

Tožeča stranka in nasprotna stranka v postopku s kasacijsko pritožbo:

„Ecoservice Klaipėda“ UAB

Tožena stranka in vlagateljica kasacijske pritožbe:

„Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras“ UAB

Predmet postopka v glavni stvari

Postopek v glavni stvari se nanaša na razlago in uporabo pravil materialnega prava, ki urejajo: varstvo zaupnih informacij, ki jih ponudniki predložijo javnim naročnikom med postopkom oddaje javnega naročila in revizijskim postopkom; določitev razpisnih pogojev in opredeljevanje informacij, ki so jih predložili ponudniki, za neresnične.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga določil Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 (v nadaljevanju: Direktiva 89/665), Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (v nadaljevanju: Direktiva 2014/24) in Direktive (EU) Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2016 o varstvu nerazkritega strokovnega znanja in izkušenj ter poslovnih informacij (poslovnih skrivnosti) pred njihovo protipravno pridobitvijo, uporabo in razkritjem (v nadaljevanju:

Direktiva 2016/943), ki se nanaša na razpisne pogoje in različne vidike varstva zaupnih informacij pri javnem naročanju, pa tudi sodb Sodišča Evropske unije z dne 4. maja 2017, Esaprojekt (C-387/14), in z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18); člena 267(1)(b) in člena 267(3) PDEU.

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali spada razpisni pogoj, v skladu s katerim morajo ponudniki dokazati določeno raven povprečnih letnih prihodkov iz opravljanja dejavnosti, povezanih le s specifičnimi storitvami (ravnanje z mešanimi komunalnimi odpadki), na področje uporabe člena 58(3) ali (4) Direktive 2014/24?
2. Ali je metoda ocenjevanja zmogljivosti ponudnika, ki jo je določilo Sodišče Evropske unije v svoji sodbi z dne 4. maja 2017, Esaprojekt (C-387/14), odvisna od odgovora na prvo vprašanje?
3. Ali spada razpisni pogoj, v skladu s katerim morajo ponudniki dokazati, da vozila, potrebna za zagotavljanje storitev [odstranjevanja odpadkov], izpolnjujejo specifične tehnične zahteve, vključno z izpusti onesnaževal (EURO 5), namestitvijo oddajnika GPS, ustrezno zmogljivostjo in tako dalje, na področje uporabe: (a) člena 58(4), (b) člena 42 v povezavi z določbami Priloge VII, ali (c) člena 70 Direktive 2014/24?
4. Ali je treba tretji pododstavek člena 1(1) Direktive 89/665, ki določa načelo učinkovitosti revizijskih postopkov, člen 1(3) in (5) navedene Direktive, člen 21 Direktive 2014/24 in Direktivo 2016/943, zlasti njeno uvodno izjavo 18 in tretji pododstavek člena 9(2) te direktive (skupaj ali ločeno, a ne omejeno nanje), razlagati tako, da če je v nacionalnih pravnih pravilih, ki urejajo javno naročanje, določen obvezen predhodni postopek reševanja sporov:
 - (a) mora naročnik ponudniku, ki je sprožil revizijski postopek, posredovati vse podrobnosti ponudbe drugega ponudnika (ne glede na njeno zaupno naravo), če je predmet navedenega postopka zlasti zakonitost ocenjevanja ponudbe drugega ponudnika in je ponudnik, ki je sprožil postopek, to od naročnika predhodno izrecno zahteval;
 - (b) ne glede na odgovor na prejšnje vprašanje, ali mora naročnik v primeru zavrnitve zahtevka za revizijo, ki ga je ponudnik vložil glede zakonitosti ocenjevanja ponudbe svojega konkurenta, v vsakem primeru dati jasen, celovit in specifičen odgovor, ne glede na tveganje razkritja zaupnih razpisnih informacij, ki so mu bile zaupane?
5. Ali je treba tretji pododstavek člena 1(1), člen 1(3) in (5) ter člen 2(1)(b) Direktive 89/665, člen 21 Direktive 2014/24 in Direktivo 2016/943, zlasti njeno uvodno izjavo 18 (skupaj ali ločeno, a ne omejeno nanje), razlagati

- tako, da je odločitev naročnika, da ponudniku ne omogoči dostopa do zaupnih podrobnosti ponudbe drugega ponudnika, odločitev, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno pred sodiščem?
6. Če je odgovor na prejšnje vprašanje pritrdilen, ali je treba člen 1(5) Direktive 89/665 razlagati tako, da mora ponudnik pri naročniku vložiti zahtevek za revizijo v zvezi s tako njegovo odločitvijo in po potrebi pred sodiščem vložiti tožbo?
 7. Če je odgovor na prejšnje vprašanje pritrdilen, ali je treba tretji pododstavek člena 1(1) in člen (2)(1)(b) Direktive 89/665 razlagati tako, da lahko ponudnik glede na obseg razpoložljivih informacij o vsebini ponudbe drugega ponudnika vloži tožbo pred sodišči, ki se nanaša izključno na zavrnitev predložitve informacij, ki jih je zahteval, ne da bi ločeno izpodbijal zakonitost drugih odločitev naročnika?
 8. Ne glede na odgovore na prejšnja vprašanja, ali je treba tretji pododstavek člena 9(2) Direktive 2016/943 razlagati tako, da mora sodišče, ki je prejelo zahtevo tožeče stranke, da se drugi stranki v sporu naloži predložitev dokazov in da jih sodišče da na voljo tožeči stranki, navedeni zahtevi ugoditi ne glede na ukrepe na strani naročnika med postopkom javnega naročanja ali revizijskim postopkom?
 9. Ali je treba tretji pododstavek člena 9(2) Direktive 2016/943 razlagati tako, da bi moralo sodišče po zavrnitvi zahtevka tožeče stranke za razkritje zaupnih informacij druge stranke v sporu po uradni dolžnosti oceniti pomen podatkov, katerih izguba zaupnosti se zahteva, in učinke podatkov na zakonitost postopka javnega naročanja?
 10. Ali se lahko razlog za izključitev, določen v členu 57(4)(h) Direktive 2014/24, ob upoštevanju sodbe Sodišča Evropske unije z dne 3. oktobra 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, uporablja tako, da lahko sodišče pri obravnavanju spora med ponudnikom in naročnikom po uradni dolžnosti ne glede na oceno naročnika odloči, da je zadevni ponudnik namerno ali iz malomarnosti naročniku predložil zavajajoče, dejansko nenatančne informacije in da ga je zato treba izključiti iz postopka javnega naročanja?
 11. Ali je treba člen 57(4)(h) Direktive 2014/24, ki se uporablja v povezavi z načelom sorazmernosti, določenim v členu 18(1) te direktive, razlagati in uporabljati tako, da če nacionalno pravo določa dodatne kazni (poleg izključitve iz postopka naročanja) v zvezi s predložitvijo neresničnih informacij, se lahko navedene kazni uporabljajo le na podlagi osebne odgovornosti, zlasti če je dejansko nenatančne informacije predložil le del skupnih ponudnikov v postopku javnega naročanja (na primer eden od več partnerjev)?

Navedene določbe prava Unije

Tretji pododstavek člena 1(1), člen 1(3) in (5) ter člen 2(1)(b) Direktive 89/665

Člen 18(1), člen 21, člen 42 v povezavi s Prilogo VII, člen 57(4)(h), člen 58(3) in (4) ter člen 70 Direktive 2014/24

Uvodna izjava 18 in tretji pododstavek člena 9(2) Direktive 2016/943

Navedene določbe nacionalnega prava

Člen 1.116 (Poslovne in poklicne skrivnosti) Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (civilni zakonik Republike Litve; v nadaljevanju: civilni zakonik)

Odstavki od 1 do 4 člena 10 (Dostop javnosti do spisa) in odstavki od 1 do 5 člena 10¹ (Posebne značilnosti varstva poslovnih skrivnosti) Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (zakonik Republike Litve o civilnem postopku; v nadaljevanju: zakonik o civilnem postopku)

Odstavek 34 člena 2 (Glavni pojmi, uporabljeni v tem zakonu), odstavek 1 člena 17 (Ključna načela naročanja), odstavki 1 do 5 člena 20 (Zaupnost), odstavki 1, 3 in 4 člena 37 (Tehnične specifikacije), odstavka 1 in 3 člena 45 (Splošna načela ocenjevanja ponudnika in prijava za sodelovanje in ponudba, ki jo je predložil), odstavki 4(4) in (5), 5, 7 in 8 člena 46 (Razlogi za izključitev ponudnika), odstavki od 1(1) do (3) in 6 člena 47 (Potrditev usposobljenosti ponudnika), odstavki 1(1) in (2), 2 in 3 člena 52 (Zadrževanje informacij ali predložitve neresničnih informacij ali nepredložitve dokumentov), odstavek 9 člena 55 (Ocenjevanje in primerjava ponudb) ter odstavka 3 in 5 člena 58 (Obveščanje o rezultatih postopka naročanja) Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (zakona Republike Litve o javnem naročanju; v nadaljevanju: zakon o javnem naročanju)

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Tožena stranka (poimenovana tudi naročnik) je 27. septembra 2018 objavila mednarodni odprti postopek naročanja storitev, povezanih z zbiranjem komunalnih odpadkov občine Neringa in njihovega odvoza v obrate za obdelavo odpadkov regionalnega odlagališča Klaipėda (v nadaljevanju: razpisni postopek).
- 2 Ponudbe so predložili trije ponudniki: tožeča stranka „Ecoservice Klaipėda“ UAB (poimenovana tudi samo tožeča stranka ali ponudnik A; „Ekonovus“ UAB ter skupina gospodarskih subjektov „Klaipėdos autobusų parkas“ UAB, „Parsekas“ UAB in „Klaipėdos transportas“ UAB, ki sta se potegovala na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih (poimenovana tudi ponudnik B).

- 3 Naročnik je 29. novembra 2018 udeležence obvestil o oceni njihovih ponudb in o končnih rezultatih razpisnega postopka: ponudnik B je bil izbrani ponudnik, tožeča stranka pa je bila razvrščena na drugo mesto.
- 4 Tožeča stranka je 10. decembra 2018 pri naročniku vložila zahtevek za revizijo, s katerim je izpodbijala rezultate razpisnega postopka s trditvijo, da sposobnosti naročnika B ne izpolnjujejo zahtev. V skladu z informacijami, ki so bile na voljo tožeči stranki, družba „Parsekas“ UAB ne bi mogla izvajati pogodb v zvezi z zbiranjem in odvažanjem mešanih komunalnih odpadkov v skupni vrednosti 200.000,00 EUR (brez DDV) v zadnjih treh letih (kakor je bilo zahtevano v delu razpisnih pogojev, naslovljenih „Finančna in ekonomska zmogljivost“), saj v okviru drugih postopkov naročanja navedena družba večkrat sodeluje pri skupnih dejavnostih kot glavni partner, ki prejema denar za zagotavljanje storitev, vendar pa *de facto* ne opravlja dejavnosti ravnanja z mešanimi komunalnimi odpadki. Poleg tega je tožeča stranka zatrjevala, da ponudnik B prav tako ne izpolnjuje zahtev v zvezi s tehnično sposobnostjo, ker vozilo, navedeno v dokumentaciji, ki jo je predložila družba „Parsekas“ UAB v razpisnem postopku, ne izpolnjuje številnih obveznih tehničnih parametrov, določenih v razpisnih pogojih (tehnične specifikacije).
- 5 Naročnik je 17. decembra 2018 po preučitvi revizijskega zahtevka tožeče stranke slednjega zavrnil z obrazložitvijo, da je ponudnik B, ki je potrdil izpolnjevanje zahteve glede izvedenih pogodb, v skladu z razpisnimi pogoji zagotovil dokaz o tem, da je sklenil pogodbe v zvezi z ravnanjem z mešanimi komunalnimi odpadki, katerih vrednost ustreza zahtevanemu znesku, in tehnične informacije v zvezi z navedenim vozilom.
- 6 Tožeča stranka je 27. decembra 2018 vložila tožbo pri Klaipėdos apygardos teismas (regionalno sodišče v Klaipėdi, Litva).
- 7 Navedeno prvostopenjsko sodišče je s sodbo z dne 15. marca 2019, s katero je bila tožba tožeče stranke zavrnjena, ugotovilo, da ponudnik B izpolnjuje zahteve glede usposobljenosti ponudnikov.
- 8 Po pritožbi, ki jo je vložila tožeča stranka, je Lietuvos apeliacinis teismas (pritožbeno sodišče, Litva) s sodbo z dne 30. maja 2019 razveljavilo sodbo prvostopenjskega sodišča, ugodilo tožbi tožeče stranke, odločitev tožene stranke o razvrstitvi ponudnikov razglasilo za nično, naročniku pa naložilo, naj ponovno oceni ponudbe. Sodišče je odločilo, da je ponudnik B sicer izpolnil zahtevo glede izvedenih pogodb, da pa ni dokazal svoje tehnične sposobnosti, saj niso bila vsa vozila, navedena pozneje, prvotno vključena v ponudbo.
- 9 Tožena stranka je vložila kasacijsko pritožbo, tožeča stranka pa je nanjo odgovorila.
- 10 Poleg tega se tožeča in tožena stranka v postopku v glavni stvari ne strinjata glede tega, katere podrobnosti izbranega ponudnika se lahko objavijo in katere so zaupne informacije, do katerih tožeča stranka ne sme dostopati.

- 11 Tožeča stranka je 4. decembra 2018 pri naročniku vložila zahtevek za dostop do ponudbe ponudnika B, dne 6. decembra 2018 pa je vpogledala v podrobnosti navedene ponudbe, ki niso zaupne narave.
- 12 Med postopkom pred prvostopenjskim sodiščem je tožeča stranka sodišču predlagala, naj toženi stranki naloži predložitev dodatnih dokumentov, njej pa naj odobri dostop do informacij, vsebovanih v ponudbi ponudnika B (z izjemo le poslovno občutljivih informacij), ter da naj družbi „Parsekas“ UAB naloži predložitev podatkov o pogodbah o ravnanju z odpadki, ki jih je družba sklenila in se štejejo za zaupne.
- 13 Potem ko je tožena stranka sodišču predložila vse dodatne dokumente, je sodišču predlagala, naj tožeči stranki ne odobri dostopa do zaupnih podrobnosti, predloženih v ponudbi ponudnika B, in naj jih v spisu opredeli kot nejavno gradivo.
- 14 Prvostopenjsko sodišče je s sklepom z dne 30. januarja 2019 ugodilo temu predlogu tožene stranke ter dne 14. in 21. februarja 2019 zavrnilo zgoraj omenjene predloge tožeče stranke.
- 15 Dne 26. julija 2019 je tožeča stranka, preden je podala svoj odgovor na revizijo, kasacijskemu sodišču Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče, Litva) predlagala, naj odobri dostop do zaupnih dokumentov, ki jih je predložila tožena stranka prvostopenjskemu sodišču, pri čemer naj bodo resnično poslovno občutljive informacije prekrite.

Kratka predstavitev razlogov za vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 16 V obravnavani zadevi je med strankama nastal spor v zvezi z vprašanjem, ali je usposobljenost skupine gospodarskih subjektov, ki je bila razglašena za izbranega ponudnika, skladna z zahtevami, ki jih je določil naročnik.
- 17 Kasacijsko sodišče bi moralo načeloma odločati le o vprašanjih, ki jih je postavila tožena stranka v svoji kasacijski pritožbi, in sicer o skladnosti tehnične sposobnosti ponudnika B. Toda v obravnavani zadevi kasacijsko sodišče preučuje možnost, da po uradni dolžnosti prekorači meje kasacijske pritožbe in odloči o drugih vidikih spora med strankama ne le ob sklicevanju na razlog varstva javnega interesa, temveč tudi ob upoštevanju posebnega položaja, nastalega v obravnavani zadevi, v katerem se je tožeči stranki v predhodni fazi postopka in med njim v bistvu odrekel dostop do vseh informacij, ki jih je zahtevala.
- 18 Ne glede na to, da je potrebo po razlagi prava EU izpostavilo nacionalno sodišče po uradni dolžnosti in pri tem prekoračilo meje spora med strankama, je Sodišče Evropske unije pristojno, da sodišču poda zahtevano razlago (glej na primer sodbi z dne 5. aprila 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, in z dne 25. oktobra 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).

- 19 V tem postopku predložitveno sodišče Sodišču Evropske unije v predhodno odločanje predloži vprašanja, ki se nanašajo na (a) zakonitost nekaterih razpisnih pogojev; (b) različne vidike varstva zaupnih informacij v postopkih javnega naročanja ter (c) oceno možnosti neresničnih navedb izbranega ponudnika in posledice navedenih dejanj.

Zakonitost ukrepov naročnika pri ocenjevanju izpolnjevanja zahtev glede usposobljenosti ponudnika B

- 20 V skladu s sodno prakso kasacijskega sodišča je pri odločanju o sporih med naročnikom in ponudniki v bistvu pomembna vsebina pogoja, ne pa njegovo poimenovanje, ki mu ga je dodelil naročnik. Ustrezna opredelitev pogojev razpisne dokumentacije bo pripeljala do pravilne uporabe določb zakona o javnem naročanju, ki zajemajo različne postopke naročanja, s tem pa do ustrezne rešitve spora.

(a) vsebina in uporaba zahteve glede finančne in ekonomske zmogljivosti

- 21 Pogoj glede finančne in ekonomske zmogljivosti se nanaša na povprečni letni prihodek ponudnikov iz opravljanja dejavnosti, povezanih z ravnanjem mešanih komunalnih odpadkov, kot je določen v razpisnih pogojih, v bistvu ustreza členu 58(3) Direktive 2014/24, ki nudi možnost, da se od gospodarskih subjektov zahteva določen najnižji letni promet, vključno z določenim najnižjim prometom na področju, zajetem v javnem naročilu. Vendar pa predložitveno sodišče meni, da bi to lahko v enaki meri veljalo tudi za zahteve glede strokovne sposobnosti, določene v členu 58(4) navedene direktive.
- 22 Treba je poudariti, da iz besedila člena 58(3) Direktive 2014/24 (in sicer iz besede „vključno“) izhaja, da se zahtevani letni promet na področju, zajetem v javnem naročilu, ne uporablja v celoti kot alternativa v smislu, da če je določena zahteva glede prometa, bi bilo treba, prvič, oceniti skupni promet in, drugič, je promet na določenem področju določen po izbiri javnega naročnika. Z drugimi besedami, taka razlaga besedila člena 58(3) Direktive 2014/24 vodi v zaključek, da prometa na določenem področju ni mogoče določiti neodvisno, ne da bi se hkrati določila zahteva glede skupnega prometa.
- 23 Poleg tega področje uporabe pojma „področj[e], zajet[o] v javnem naročilu“, ni v celoti jasno. Dejansko so morali ponudniki v skladu s spornim razpisnim pogojem dokazati svojo sposobnost specifično glede na storitve, povezane z zbiranjem in odvozom mešanih komunalnih odpadkov, za katere je bil objavljen razpisni postopek, ne pa na področju ravnanja z odpadki na splošno. Predložitveno sodišče se nagiba k širši (abstraktnejši) razlagi pojma: v sporu, ki poteka pred njim, bi pojem pomenil, da bi morala v skladu s členom 58(3) Direktive 2014/24 tožena stranka pri specifični uvedbi zahteve glede finančne zmogljivosti določiti, prvič, skupni letni promet in, drugič, hkrati razmerje navedenega prometa na področju neopredeljenih storitev ravnanja z odpadki.

- 24 Zgornja vprašanja glede pravilne opredelitve razpisnega pogoja, ki jih je postavilo kasacijsko sodišče po uradni dolžnosti, se ne nanašajo le na morebitno zakonitost te razpisne zahteve, temveč tudi na njeno pravilno uporabo. Treba je poudariti, da je tožeča stranka med celotnim postopkom dosledno zavzemala stališče, da družba „Parsekas“ UAB, članica ponudnika B, nima pravice naročniku v ocenjevanje predložiti pogodb, prvič, katerih dela ni izvedla sama, temveč skupaj z drugimi partnerji, vključno s samo tožečo stranko, in, drugič, katerih predmet ni omejen na ravnanje z mešanimi komunalnimi odpadki.
- 25 V nasprotju z ugotovitvami sodišč predložitveno sodišče meni, da samo dejstvo, da je bilo treba v skladu z razpisnimi pogoji finančno in ekonomsko zmogljivost ponudnikov dokazati s prosto oblikovanimi izjavami udeležencev, ne pomeni, da drugi ponudniki ne morejo podvomiti o njih ali izpodbijati zanesljivosti predloženih podatkov.
- 26 Treba je spomniti, da so tožena stranka, ponudnik B in sodišči razlagali sporno zahtevo glede usposobljenosti ponudnikov tako, da razpisni pogoji od gospodarskega subjekta niso zahtevali njegovega dokazila o izpolnjevanju zahteve glede usposobljenosti, da bi prejeli prihodek izključno v lastnem imenu in/ali za lasten račun (to pomeni ne kot vodilni partner) in le glede ravnanja z mešanimi komunalnimi odpadki v primeru izvajanja kompleksne pogodbe (raznolikost odpadkov). Kasacijskemu sodišču ni povsem jasna metoda dokazovanja sporne usposobljenosti v skladu s sodno prakso Sodišča Evropske unije.
- 27 Sodišče Evropske unije je v sodbi z dne 4. maja 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), med drugim navedlo, da kadar se gospodarski subjekt sklicuje na izkušnje skupine podjetij, pri kateri je sodeloval, je treba te izkušnje presojati glede na konkretno sodelovanje tega gospodarskega subjekta in torej glede na dejanski prispevek k izvedbi zahtevane dejavnosti navedene skupine v okviru danega javnega naročila; iz tega sledi, da se gospodarski subjekt ne more sklicevati na izkušnje z dobavo blaga ali storitev drugih članov skupine podjetij, pri katerih ni dejansko in neposredno sodeloval ter ki jih zahteva naročnik.
- 28 Treba je opozoriti, da sta bila v navedeni sodbi vprašanje in odgovor nanj povezana s členom 48(2)(a) Direktive 2004/18, ki določa prav način ocenjevanja zahteve v zvezi s poklicno sposobnostjo.
- 29 Če bi se zgoraj navedeni razpisni pogoj še naprej opredeljeval kot zahteva glede finančne in ekonomske zmogljivosti, za katero bi bile upoštevne zgoraj navedene razlage, ki jih je podalo Sodišče Evropske unije v zvezi z ocenjevanjem izpolnjevanja pogojev glede strokovne sposobnosti, bi se pojavilo vprašanje v zvezi z razmejevanjem in pravilno uporabo navedenih zahtev glede usposobljenosti.
- (b) vsebina in uporaba zahteve glede tehnične in strokovne sposobnosti*
- 30 Kasacijsko sodišče izraža tudi dvome o opredelitvi zahteve v zvezi s tehnično sposobnostjo ponudnikov, določene v razpisnih pogojih, v skladu s katero so

morali ponudniki dokazati svojo skladnost z zagotavljanjem vozil (vozil za zbiranje odpadkov) z ustreznimi tehničnimi značilnostmi.

- 31 V skladu s sodno prakso kasacijskega sodišča imajo ponudniki dosti več svobode pri prilagajanju podatkov v zvezi z usposobljenostjo ponudnikov kot pa informacij v zvezi s predmetom javnega naročila, njegovimi tehničnimi značilnostmi, ponujeno ceno, pogodbenimi obveznostmi in tako dalje. Razlog za tako razmejevanje pravic ponudnikov do prilagajanja podatkov je dejstvo, da po mnenju kasacijskega sodišča usposobljenost ponudnikov tvori objektivno kategorijo, ki se nanaša na pretekle in obstoječe okoliščine, ter da torej usposobljenost bodisi obstaja bodisi ne obstaja. V skladu z nacionalnimi, trenutno veljavnimi pravili, ki urejajo javno naročanje, se pravica ponudnikov do prilagajanja podatkov, ki se nanaša na usposobljenost in podrobnosti razpisa, razlikuje glede obsega.
- 32 Podobno stališče izhaja tudi iz sodne prakse Sodišča Evropske unije. Kasacijsko sodišče meni, da se za stroga pravila, če jih razlagamo ozko, za prilagajanje podrobnosti razpisa, določena v sodbi Sodišča Evropske unije z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191), uporablja določena izjema glede ocenjevanja podatkov, ki se nanašajo na usposobljenost. Sodišče Evropske unije je v točki 39 svoje sodbe z dne 10. oktobra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), navedlo, da lahko naročnik zahteva, naj se podatki iz take dokumentacije popravijo ali dopolnijo v omejenem obsegu, če se taka zahteva nanaša na elemente ali podatke, kot je objavljena bilanca, katerih obstoj pred iztekom roka, določenega za sodelovanje v razpisnem postopku, je mogoče objektivno preveriti.
- 33 Kasacijsko sodišče izraža tudi dvome o zakonitosti zahteve v zvezi s tehnično sposobnostjo ponudnikov. Čeprav je Sodišče Evropske unije v svoji sodbi z dne 10. maja 2012, Komisija/Nizozemska (C-368/10, EU:C:2012:284), ugotovilo, da so lahko določene zahteve določene kot tehnične specifikacije in tudi merilo za oddajo naročila ali kot pogoj za izvedbo naročila, pa kasacijskemu sodišču ni povsem jasno, ali gre za tak položaj tudi v obravnavani zadevi.
- 34 Treba je spomniti, da je Sodišče Evropske unije dlje časa menilo, da oceno usposobljenosti ponudnikov in njihovega razpisa urejajo različne zahteve (glej sodbo z dne 24. januarja 2008, Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). V skladu z navedeno sodno prakso naj usposobljenosti ponudnikov ne bi bilo mogoče šteti za merilo za oddajo naročila.
- 35 Vendar je Sodišče pozneje v svoji razlagi upoštevni določb Direktive 2004/18 navedeno stališče nekoliko omililo z navedbo, da se lahko spretnosti in izkušnje članov skupine, dodeljenih za izvajanje javnega naročila, lahko vključijo kot merila za oddajo naročila v obvestilo o naročilu ali tehnične specifikacije, saj je lahko kakovost izvedbe javnega naročila odločilno odvisna od poklicnih odlik oseb, zadolženih za izvedbo tega naročila, te odlike pa sestavljajo njihove

poklicne izkušnje in izobrazba (sodba z dne 26. marca 2015, Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).

- 36 Kot je pozneje pojasnilo Sodišče Evropske unije, je *ratio decidendi* v navedeni zadevi ta, da je naročnik v navedenem primeru naredil resnično primerjavo sprejemljivih ponudb, da bi določil ekonomsko najugodnejšo ponudbo; izkušnje predlagane tehnične skupine so bile namreč značilnost, ki je neločljivo povezana s ponudbo, in ne zgolj merilo za presojo sposobnosti ponudnikov (sodba z dne 1. marca 2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). Na koncu je bilo to pravilo pravne razlage določeno tudi v členu 67(2)(a) Direktive 2014/24. V vsakem primeru regulativni okvir poleg sporne izjemne določbe še vedno določa model razmejitve meril usposobljenosti in meril (za izbor) ponudbe.
- 37 Stališče, ki ga je treba zavzeti, je, da če usposobljenosti ponudnikov ni mogoče uporabljati za medsebojno primerjavo ponudb, kot je to običajno, potem tehnične določbe predmeta javnega naročila ne bi smele biti določene kot zahteve v zvezi z zmogljivostjo ponudnikov.
- 38 V skladu z razpisnimi pogoji je naročnik od ponudnikov zahteval, naj dokažejo, da bi njihova vozila, ki se bodo uporabljala za opravljanje storitev, izpolnjevala specifične tehnične parametre. Te določbe so med drugim povezane z upoštevnim pogojem, določenim v tehničnih specifikacijah. Treba bi bilo zavzeti stališče, da navedene zahteve presegajo tisto, kar bi bilo treba iskati pri preverjanju tehnične sposobnosti ponudnikov.
- 39 Člen 58(4) Direktive 2014/24 med drugim določa, da lahko javni naročniki določijo zahteve, s katerimi zagotovijo, da imajo gospodarski subjekti potrebne človeške in tehnične vire ter izkušnje za izvajanje javnega naročila v skladu z ustreznim standardom kakovosti. V obravnavani zadevi specifične in natančne tehnične zahteve glede vozil kažejo, da za naročnika ni bilo pomembno preverjanje sposobnosti ponudnikov za pravilno izvedbo javnega naročila v zvezi s storitvami ravnanja z odpadki na splošno, temveč določiti specifičen način izvajanja javnega naročila, s katerim se med drugim poskušajo doseči okoljski cilji (standard EURO 5), sledljivost izpolnjevanja pogodbenih obveznosti (oprema GPS) in tako dalje.
- 40 Na tem področju se sodna praksa kasacijskega sodišča razlikuje glede na posamezno zadevo; ne določa namreč jasnih pravnih pravil glede tega, kdaj je treba zahtevo šteti za pogoj tehnične sposobnosti in kdaj za določbo, že vključeno v tehnične specifikacije. Po mnenju predložitvenega sodišča bi morala načeloma obstajati povezava med celovitostjo razpisnega pogoja in določitvijo njegove vsebine, torej bolj je tehnično (uradno) merilo, ki ga je treba dokazati, specifično, tem bolj se vsebina navedene zahteve oddaljuje od tehnične sposobnosti in pomika k tehničnim specifikacijam ali pogojem izvajanja javnega naročila. To je jasno tudi s področja uporabe in celovitosti člena 58(4) Direktive 2014/24 in njene Priloge VII.

Ravnovesje med varstvom zaupnih informacij enega ponudnika in učinkovitostjo varstva pravic drugega ponudnika

- 41 Tožeča stranka je v predhodni fazi postopka in med njim neuspešno zahtevala dostop do ponudbe ponudnika B. To je običajen položaj, značilen za litovsko prakso javnega naročanja, ki jo kasacijsko sodišče nenehno poskuša omejiti s sodno prakso, ki jo razvija.
- 42 Toda v okviru obravnavanega spora je treba poudariti, da je bil sam naročnik zelo dejaven pri ščititvi pravic ponudnika B do varstva zaupnih informacij.
- 43 Po mnenju predložitvenega sodišča je glavna negativna posledica te prevladujoče prakse v Litvi ta, da varstvo pravic tožečih strank deloma ni zagotovljeno, saj imajo, kot v obravnavani zadevi, na voljo manj informacij kot druge stranke v sporu. Poleg tega je učinkovitost varstva pravic tožečih strank v bistvu usmerjena v odločitev sodišča, da prepozna upoštevne informacije, ki so jih zahtevali, kot zaupne (nejaven spis). Če sodišče ne dopusti zagotovitve zahtevanih informacij tožeči stranki, so možnosti uspeha njenih zahtevkov zmanjšane na minimum, saj sodišča po navadi, kot se je to zgodilo v obravnavani zadevi, svoje uradne dolžnosti ne povečujejo na podlagi skladnosti zaupnih podatkov z zahtevami postopka javnega naročanja ali s pravnimi pravili ali z ocenjevanjem zanesljivosti navedenih podatkov in tako dalje.
- 44 V zvezi s tem je kasacijsko sodišče med drugim navedlo, da, prvič, pravica ponudnika iz člena 20 zakona o javnem naročanju do varstva informacij, navedenih ločeno v njegovi ponudbi, ki se ne smejo razkrivati, zajema le take podatke, ki jih je treba opredeliti kot poslovno (industrijsko) skrivnost v smislu člena 1.116(1) civilnega zakonika; samo dejstvo, da v drugih primerih določene informacije, povezane z ponudnikom in njegovimi dejavnostmi, niso prosto dostopne drugim gospodarskim subjektom, še ne pomeni, da jih je treba varovati v postopkih javnega naročanja, če niso opredeljene kot poslovna skrivnost. Treba je opozoriti, da določbe člena 1.116 civilnega zakonika v bistvu ustrezajo določbam Direktive 2016/943 v zvezi s tem.
- 45 Drugič, pravico ponudnika do dostopa do ponudbe drugega ponudnika je v bistvu treba šteti za sestavni del varstva kršenih pravic. V skladu z nacionalnimi pravili, ki urejajo javno naročanje, pomeni pravica do dostopa do ponudbe drugega ponudnika neodvisno, individualno pravico, ki se izvršuje ločeno s sodnimi pravnimi sredstvi, ne da bi se od tožeče stranke uradno zahtevalo, da brez vseh potrebnih podatkov začne postopek, ki se nanaša na rezultate razpisnega postopka, skupaj s postopkovno zahtevo sodišču, naj naročniku naloži predložitev dokazov in da dokaz na voljo tožeči stranki, pozneje pa morebiti dopolni ali razjasni trditve v svoji tožbi.
- 46 Kljub temu je na tem področju kasacijsko sodišče negotovo glede specifične vsebine dolžnosti naročnikov, da varujejo zaupnost informacij, ki so jim jih zaupali ponudniki, ter glede razmerja med navedenimi dolžnostmi in dolžnostjo

naročnika, da zagotovi učinkovitost varstva pravic gospodarskih subjektov, ki so sprožili revizijski postopek. Čeprav je Sodišče Evropske unije v svoji sodbi z dne 14. februarja 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) – domala edina sodba v zvezi s tem – poudarilo značilnosti fiduciarnih razmerij (zaupna razmerja) med ponudniki in naročniki, je iz tretjega pododstavka člena 9(2) Direktive 2016/943 (člen 10¹(3) zakonika o civilnem postopku), ki je bil sprejet pozneje, jasno, da v nobenem primeru stranke v postopku ne morejo imeti na voljo različnih količin informacij, saj bi bili s tem kršeni načeli učinkovitega pravnega sredstva in poštenega sojenja.

- 47 Če mora v skladu z navedenim pravnim pravilom sodišče tožeči stranki zagotoviti pravico do dostopa do poslovne skrivnosti stranke v sporu, potem ni jasno, zakaj ta pravica tožeči stranki ne bi smela biti podeljena pred začetkom sodnega postopka, zlasti če bi ji to pomagalo pri odločitvi o začetku revizijskega postopka.
- 48 Z izjemo uvodne izjave 18 Direktiva 2016/943 v bistvu ne vsebuje nobenega specifičnega besedila, namenjenega posebej postopkom javnega naročanja. Po drugi strani je vprašljivo, ali bi morala biti stopnja varstva informacij, ki pomenijo poslovno skrivnost ponudnikov, drugačna (višja) v primerjavi z gospodarskimi subjekti, ki delujejo v drugih pravnih razmerjih. Tudi člen 21 Direktive 2014/24 in upoštevne določbe Direktive 89/665 ne nudijo večje jasnosti.
- 49 Kasacijsko sodišče nenehno opozarja, da čeprav naročniki niso revizijski organi, imajo zaradi zavezujočega sistema predhodnega reševanja sporov široka pooblastila za sodelovanje s ponudniki (ponudniki prosilci in zaproseni ponudniki), v nekaterih primerih pa celo dolžnost, – ki izhaja iz cilja učinkovitega varstva pravic ponudnikov – da v skladu s svojimi pristojnostmi in razpoložljivimi ukrepi ukrepajo tako, da bi zagotovili, da lahko ponudniki resnično zaščitijo vse interese, ki bi lahko bili kršeni. Sodna praksa je povezana s členom 1(5) Direktive 89/665, ki določa, da lahko države članice zahtevajo, da zadevna oseba zahtevek za revizijo najprej vloži pri naročniku.
- 50 Ker je v litovski zakonodaji določen obvezni postopek za vlaganje in preučevanje zahtevkov ter ker sodišča pravico ponudnika do dostopa do ponudb drugih ponudnikov štejejo za sestavni del varstva njegovih pravic, bi bila razlaga zgoraj omenjenih določb prava Unije v smislu, da bi ponudniki lahko imeli dostop do takih informacij le med sodnim postopkom, nedosledna.
- 51 Po drugi strani je kasacijsko sodišče negotovo glede načina izvajanja obveščanja strank v postopku med sodnim postopkom, ki je določen v tretjem pododstavku člena 9(2) Direktive 2016/943: ali je pravica tožeče stranke do dostopa do izbrane ponudbe brezpogojna; ali naj ob upoštevanju predhodne faze tožeča stranka ne bi najprej vložila navedene zahteve pri naročniku; ali je značaj spora, nastalega zaradi rezultatov razpisnega postopka, upošteven za ugoditev navedeni zahtevi; ali je nestrinjanje med strankami glede rezultatov razpisnega postopka sploh nujno, ali pa bi zadostovalo, da bi eden od ponudnikov preprosto izvajal svojo pravico do

dostopa do informacij in bi se lahko v primeru kršitve navedene pravice obrnil na sodišče ločeno, kot je navedeno v sodni praksi kasacijskega sodišča.

- 52 Treba je opozoriti, da je v obravnavani zadevi tožeča stranka zahtevk za dostop do ponudbe ponudnika B najprej vložila pri naročniku. Potem ko je prejela le majhen del dokumentov, se ni sklicevala na navedeno dejstvo in ni izpodbijala odločbe naročnika ločeno, temveč je pri sodišču vložila postopkovno zahtevo za odredbo, naj tožena stranka predloži dokaz, sodišče pa naj ga da na voljo tožeči stranki. Ob upoštevanju poteka spora v predhodni fazi ni povsem jasno, ali bi moralo prvostopenjsko sodišče sploh odločiti o opredelitvi podatkov ponudnika B kot zaupnih informacij. Po drugi strani prvostopenjsko sodišče in pritožbeno sodišče, potem ko nista odobrili razkritja zahtevanih podatkov tožeči stranki, očitno sami tudi nista izrazili svojih stališč glede njihove vsebine in pomena.

Predložitev morebiti neresničnih informacij in pristojnost sodišča v zvezi s tem

- 53 V obravnavani zadevi predložitveno sodišče med drugim po uradni dolžnosti postavlja vprašanje o presoji dejanj ponudnika B v skladu s členom 57(4)(h) Direktive 2014/24, tj. ali ni ponudnik B (nekateri od njegovih članov) naročniku dejansko predložil neresnične informacije glede skladnosti svojih zmogljivosti z naloženimi zahtevami. Poleg tega obstaja negotovost glede učinka morebitnega nezakonitega ravnanja nekaterih partnerjev na druge udeležence pri skupnih dejavnostih.
- 54 V sodbi Sodišča Evropske unije v zadevi Esaprojekt (C-387/14), ki se je nanašala na razlago podobnih določb iz člena 45(2)(g) Direktive 2004/18, je bilo opozorjeno, da, *prvič*, ugotovitve glede naklepnega ravnanja gospodarskega subjekta ni mogoče šteti za element, nujen za izključitev takega subjekta iz sodelovanja pri javnem naročilu, saj zadošča, da je ta odgovoren za dovolj hudo malomarnost, to je za malomarnost, ki odločilno vpliva na odločitve o izključitvi, izbiri ali oddaji javnega naročila; *drugič*, če so informacije, ki jih je predložil gospodarski subjekt, vplivale na izid postopka oddaje javnega naročila, se lahko subjekt, ki je malomarno predložil upoštevne informacije, šteje za krivega resnih zavajajočih razlag v smislu člena 45(2)(g) Direktive 2004/18 in lahko zato tako vedenje samo po sebi utemeljuje odločitev javnega naročnika o izključitvi navedenega gospodarskega subjekta iz zadevnega javnega naročila.
- 55 V svoji najnovejši sodbi v zvezi s tem (sodba z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826), je Sodišče Evropske unije poudarilo, da s členom 57(4) Direktive 2014/24 zajeto tako aktivno ravnanje, kot je zavajanje, kakor tudi pasivno ravnanje, ker lahko posredovanje zavajajočih informacij enako kot prikritje resničnih informacij vpliva na odločitev, ki jo sprejme naročnik.
- 56 Na podlagi navedenih pojasnil bi lahko informacije, ki jih je predložila družba „Parsekas“ UAB o prihodku iz javnih naročil, – ki so bila sklenjena in so se izvajala bodisi z drugimi gospodarskimi subjekti, ki so opravljali specifično del

storitev ravnanja z mešanimi odpadki, ki jih je bilo treba dokazati, ali pa so bila sklenjena in so se izvajala brez partnerjev, a so poleg ravnanja z mešanimi odpadki vključevala tudi ravnanje z drugimi odpadki (v obeh primerih mešani odpadki zajemajo manjši delež pri ravnanju s celotnimi odpadki) – v bistvu na podlagi okoliščin, ki jih je Sodišče Evropske unije obravnavalo v zadevi Esaprojekt, ustrezale položaju malomarnega zagotavljanja informacij, ki je vplivalo na izid razpisnega postopka.

- 57 Naloga kasacijskega sodišča ni, da preuči dejstva. Je pa pristojno, da po uradni dolžnosti predloži pravno vprašanje, vključno z opredelitvijo informacij kot neresničnih, pa tudi s presojo dokazov, ki so jo izvedla sodišča.
- 58 Po drugi strani je Sodišče Evropske unije v svoji sodni praksi glede določb člena 57(4) Direktive 2014/24 začelo določati razloge za izključitev, da bi poudarilo posebno razmerje, ki temelji na medsebojnem zaupanju med naročnikom in zadevnim ponudnikom (glej sodbo z dne 3. oktobra 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, točke od 25 do 27 in točka 37). Kasacijsko sodišče zato dvomi o tem, ali lahko v zadevah, v katerih naročnik presodi drugače, sodišče samo odloči o tem, da so mu bile predložene neresnične, zavajajoče informacije. V navedenih okoliščinah bi bilo treba opozoriti, da je tožeča stranka v zahtevku in v tožbi izrazila jasno stališče o tem, da je družba „Parsekas“ UAB toženi stranki predložila zavajajoče informacije; toda tožena stranka je zavzela drugačno stališče in menila, da predložene informacije utemeljujejo, da ponudnik B izpolnjuje zahteve glede usposobljenosti.
- 59 V zvezi z zadevnimi vprašanji je predložitveno sodišče med drugim negotovo glede posledic, ki bi jih lahko imelo ravnanje gospodarskih subjektov, ki so predložili morebiti neresnične informacije, na njihove partnerje, ki so oddali skupno ponudbo. V skladu z nacionalnimi pravili, ki urejajo javno naročanje (člena 46(4)(4) in 52 zakona o javnem naročanju), je treba gospodarske subjekte, ki so predložili neresnične informacije, vpisati na seznam ponudnikov, ki so predložili neresnične informacije, kar povzroči omejitve pri sodelovanju na razpisih za zbiranje predlogov drugih javnih naročnikov za določeno obdobje (eno leto). Kasacijsko sodišče dvomi o tem, saj se zanesljivost predloženih informacij ne nanaša na vse člane (partnerje) ponudnika B.
- 60 V skladu s členom 52(1) zakona o javnem naročanju mora seznam ponudnikov, ki so predložili neresnične informacije, vključevati ponudnike, v smislu člena 2(36) zakona o javnem naročanju (ponudnik je opredeljen kot gospodarski subjekt, ki je fizična oseba, zasebna ali javna pravna oseba, druga organizacija ali njeni oddelki, skupina takih oseb, vključno z vsakim začasnim združenjem gospodarskih subjektov, ki nudijo izvedbo dela ali dobavo blaga ali storitev na trgu). Toda zavzeti je treba stališče, da sporni negativni ukrep (posledice) glede nezakonitega ravnanja, prepovedanega po zakonu, načeloma pomeni osebno odgovornost subjekta (sankcija). Zato ga je treba brez izjeme uporabiti le za tiste subjekte, ki

kakor koli sodelujejo v postopkih javnega naročanja in naročniku predložijo informacije o sebi v lastnem imenu.

- 61 Glede na navedeno ni jasno, ali nezakonito ravnanje nekaterih partnerjev skupnega ponudnika z zagotavljanjem neresničnih informacij o sebi pomeni negativne posledice le zanje ali za vse partnerje skupaj. Zadjenavedeno stališče bi lahko bilo podprto s skupnostjo (značilnost skupne ponudbe) interesov in odgovornostjo vseh partnerjev. Po drugi strani je vprašljivo, ali je tak model skupne odgovornosti nesorazmeren ob upoštevanju, da so gospodarski subjekti, vpisani na seznam ponudnikov, ki so predložili neresnične informacije, za eno leto izključeni iz sodelovanja v nadaljnjih postopkih javnega naročanja.
- 62 Nesporno je, da so gospodarski subjekti, ki v postopku javnega naročanja sodelujejo skupaj, izpostavljeni dodatnim tveganjem, vključno s tveganji, povezanimi s potrebo po izključitvi nekaterih partnerjev ali z njihovo nezmožnostjo nadaljnega sodelovanja v postopkih (na primer zaradi stečaja (glej sodbo z dne 24. maja 2016, MT Højgaard and Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347); toda tako tveganje in njegove morebitne negativne posledice se nanašajo le na specifičen postopek javnega naročanja in ne na prepoved sodelovanja v drugih postopkih javnega naročanja za določeno obdobje.

DELOVNI DOKUMENT