

Zadeva C-295/20**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča****Datum prejema:**

2. julij 2020

Predložitveno sodišče:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litva)

Datum predložitvene odločbe:

2. julij 2020

Pritožnica:

Sanresa UAB

Nasprotna stranka:

Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

Predmet postopka v glavni stvari

Postopek v glavni stvari se nanaša na razlago in uporabo materialnopravnih pravil, ki urejajo opredelitev zahtev za pravico ponudnikov do opravljanja dejavnosti in oceno skladnosti s temi zahtevami.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga in uporaba 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 Uredbe (ES) št. 1013/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. junija 2006 o pošiljkah odpadkov (v nadaljevanju: Uredba št. 1013/2006); pododstavka (b) prvega odstavka in tretjega odstavka člena 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije (v nadaljevanju: PDEU).

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je treba člen 18(2), točko (b) prvega pododstavka in drugi pododstavek člena 56(1), točko (a) prvega pododstavka člena 58(1) in drugi pododstavek člena 58(2) Direktive 2014/24 ter člene od 3 do 6 in druge določbe Uredbe št. 1013/2006 (skupaj ali ločeno, a ne omejeno nanje) razlagati tako, da je treba soglasje, ki se izda gospodarskemu subjektu in je potrebno za pošiljanje odpadkov iz ene države članice Evropske unije v drugo, opredeliti kot zahtevo za izvajanje javnega naročila storitev, ne pa kot zahtevo, ki se nanaša na pravico do opravljanja dejavnosti?
2. Če je treba zgoraj navedeno soglasje za pošiljanje odpadkov šteti za pogoj za sodelovanje ponudnika (ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti), ali je treba načeli preglednosti in poštene konkurence, določeni v prvem in drugem pododstavku člena 18(1) Direktive 2014/24, točko (a) prvega pododstavka člena 58(1) in drugi pododstavek člena 58(2) navedene direktive, načelo prostega pretoka blaga, oseb in storitev, določeno v členu 26(2) PDEU, in člene od 7 do 9 Uredbe št. 1013/2006 (skupaj ali ločeno, a ne omejeno nanje), razlagati in uporabljati tako, da morajo pogoji za javna naročila storitev ravnanja z odpadki, zlasti tisti, ki se nanašajo na roke za predložitev ponudb, za domače in tuje ponudnike, ki želijo prevažati odpadke čez meje držav članic Evropske unije, ustvariti pogoje, ki omogočajo neomejeno sodelovanje v takih postopkih javnega naročanja in jim morajo med drugim omogočiti, da predložijo zgoraj navedeno soglasje, če je bilo slednje podeljeno pozneje, kot je bil določen rok za predložitev ponudb.
3. Če je treba zgoraj navedeno soglasje za pošiljanje odpadkov v skladu s členom 49 Direktive 2014/24 in točko 17 dela C Priloge V k tej direktivi ter njenim členom 70 šteti za zahtevo za izvajanje pogodbe o javnem naročilu, ali je treba načela o javnih naročilih, določena v členu 18 navedene direktive, ter splošni postopek oddaje javnega naročila, določen v njenem členu 56, razlagati tako, da v postopkih javnega naročanja ponudba kandidata, ki navedenega soglasja ni predložil, ne sme biti zavrnjena?
4. Ali je treba člen 18, točko (b) prvega pododstavka člena 56(1), točko (a) prvega pododstavka člena 58(1) in člen 58(2) Direktive 2014/24 razlagati tako, da nasprotujejo nacionalni zakonodaji, na podlagi katere imajo javni naročniki pravico v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila vnaprej določiti postopek ocenjevanja ponudb, na podlagi katerega bo pravica ponudnika do opravljanja dejavnosti (ustreznost za opravljanje poklicne dejavnosti) preverjena bodisi delno ali pa sploh ne, čeprav je imetništvo navedene pravice osnovni pogoj za zakonito izvajanje pogodbe o javnem naročilu, javni naročniki pa morda vnaprej vedo, da je navedena pravica potrebna?

5. Ali je treba člen 18 in prvi pododstavek člena 42(1) Direktive 2014/24 ter člene 2(35), 5 in 17 Uredbe št. 1013/2006 in tudi druge določbe navedene uredbe razlagati tako, da lahko naročniki v primeru naročila storitev ravnanja z odpadki take storitve zakonito naročajo le, če v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila jasno in natančno opredelijo količino in sestavo odpadkov ter druge pomembne pogoje za izvajanje pogodbe (na primer pakiranje)?

Navedene določbe prava Unije

Člen 18(1) in (2), prvi pododstavek člena 42(1), člen 49, točka (b) prvega pododstavka in drugi pododstavek člena 56(1), točka (a) prvega pododstavka člena 58(1), drugi pododstavek člena 58(2) in člen 70 Direktive 2014/24 ter točka 17 dela C Priloge V in Priloga XI k navedeni direktivi.

Člen 2(35), členi od 3 do 9 in člen 17 Uredbe št. 1013/2006.

Člen 26(2) PDEU.

Navedene določbe nacionalnega prava

Člen 35 („Vsebina dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila“) viešųjų pirkimų įstatymas (zakon o javnih naročanju) določa:

1. Javni naročnik v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določi vse informacije o pogojih in postopkih oddaje javnega naročila.

2. V dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila je potrebno:

[...]

(2) določiti razloge za izključitev ponudnikov, zahteve glede usposobljenosti in, kadar je primerno, zahtevane standarde sistema vodenja kakovosti in/ali standarde sistema okoljskega ravnanja, vključno z zahtevami za posamezne člane skupine ponudnikov, ki oddajo skupno prijavo za sodelovanje ali skupno ponudbo;

(3) določiti informacijo, da se ponudnik, če njegova usposobljenost, ki se nanaša na pravico do opravljanja zadevne dejavnosti, ni bila preverjena ali ni bila preverjena v celoti, v razmerju do javnega naročnika zavezuje, da bodo pogodbo o javnem naročilu izvajale le osebe, ki imajo to pravico;

[...]

(5) določiti seznam dokumentov, ki potrjujejo neobstoj razlogov za izključitev ponudnikov, izpolnjevanje zahtev glede usposobljenosti in, kadar je primerno, izpolnjevanje zahtevanih standardov sistema vodenja kakovosti in/ali standardov sistema okoljskega ravnanja, vključiti informacijo, da mora ponudnik predložiti

enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila v skladu z zahtevami, določenimi v členu 50 tega zakona, v okviru odprtega postopka pa določiti, ali se bo uporabljala možnost, določena v členu 59(4) tega zakona, da se najprej oceni ponudba, ki jo je predložil ponudnik, in nato preuči njegova usposobljenost;

[...]

(8) določiti ime in količino (obseg) blaga, storitev ali gradenj, naravo storitev, ki jih je treba opraviti skupaj z dobavo blaga, ter roke za dobavo blaga ali storitev ali izvedbo gradenj;

[...]

4. Javni naročnik sestavi dokumentacijo v zvezi z oddajo javnega naročila v skladu z določbami tega zakona. Dokumentacija v zvezi z oddajo javnega naročila mora biti točna, jasna in nedvoumna, tako da lahko ponudniki oddajo ponudbe, javni naročnik pa naroči, kar potrebuje.

Člen 47 („Preverjanje usposobljenosti ponudnika“) zakona o javnem naročanju med drugim določa:

1. Javni naročnik mora ugotoviti, ali je ponudnik pristojen, zanesljiv in sposoben izpolniti pogoje javnega naročila, zato ima pravico v obvestilu o javnem naročilu ali v drugi dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila določiti potrebne zahteve glede usposobljenosti kandidatov ali ponudnikov in dokumente ali informacije, ki potrjujejo skladnost z navedenimi zahtevami. Zahteve glede usposobljenosti kandidatov ali ponudnikov, ki jih določi javni naročnik, ne smejo umetno omejevati konkurence ter morajo biti sorazmerne in povezane s predmetom pogodbe, natančne in jasne. Pri preverjanju usposobljenosti ponudnikov se lahko upošteva:

(1) ustreznost za opravljanje zadevnih dejavnosti;

[...]

2. Javni naročnik ima v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila pravico zahtevati, da mora imeti ponudnik pravico do opravljanja dejavnosti, potrebnih za izvajanje pogodbe. V postopkih javnega naročanja storitev se lahko od ponudnikov zahteva, da imajo posebno dovoljenje ali da so člani določene organizacije, če se to zahteva za tiste, ki želijo zadevne storitve opravljati v svoji matični državi.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (direktorat za varstvo okolja v okviru ministrstva za okolje, Litva; v nadaljevanju: nasprotna stranka ali naročnik) je 7. oktobra 2018 objavil obvestilo o odprtem mednarodnem postopku

za oddajo javnega naročila storitev za ravnanje z nevarnimi odpadki (v nadaljevanju: postopek oddaje javnega naročila).

2 V razpisnih pogojih je med drugim določeno:

Predmet javnega naročila: Storitve ravnanja z nevarnimi odpadki v zvezi z nevarnimi odpadki, skladiščenimi zunaj na lokaciji Ūrus ir Ko BUAB [...] (ki so nevarni za okolje, se shranjujejo v posodah za razkroj, naloženih druga na drugi na tleh, na katere vplivajo teža, padavine, temperatura zraka in drugi okoljski dejavniki in vsebujejo nevarne kemikalije, dostopne nepooblaščenim osebam). Snov, ki povečuje tveganje, je treba hitro odstraniti, da bi se preprečila okoljska katastrofa [...].

Ponudnik, ki sodeluje v postopku javnega naročanja, mora izpolnjevati zahteve glede usposobljenosti, določene v tem členu. Ponudnik mora usposobljenost pridobiti pred rokom za predložitev ponudb. Javni naročnik zahteva dokumente, našteje v preglednici v tem členu, ki potrjujejo skladnost z zahtevami glede usposobljenosti, le od ponudnika, čigar ponudba se lahko šteje za uspešno v skladu z rezultati vrednotenja [...].

Ponudnik mora izpolnjevati vse določene zahteve glede usposobljenosti:

imeti mora pravico do opravljanja dejavnosti, potrebne za izvajanje pogodbe o javnem naročilu, tj. imeti mora izčrpen izpisek iz poslovnega registra VI Registru centras (Center registrov, državno podjetje) ali drug uradni dokument, ki ga je izdal pristojni organ, s katerim potrjuje pravico do opravljanja dejavnosti, ki se zahteva za izvajanje pogodbe o javnem naročilu, tj. ravnanje z nevarnimi odpadki. [...] (točka 1 v preglednici v členu 23) (v nadaljevanju: izpodbijani razpisni pogoj).

[...]

Če usposobljenost ponudnika, ki se nanaša na pravico do opravljanja zadevne dejavnosti, ni bila preverjena ali ni bila preverjena v celoti, se ponudnik v razmerju do javnega naročnika zavezuje, da bodo pogodbo o javnem naročilu izvajale le osebe, ki imajo to pravico (člen 23.1.2).

- 3 V postopku oddaje javnega naročila so predložili ponudbe štiri ponudniki: družba „Sanresa“ UAB (v nadaljevanju: pritožnica), ki je predložila skupno ponudbo z družbama „Ekometrija“ UAB in „Palemono keramikos gamykla“ AB ter vključila dva podizvajalca, Fortum Waste Solution A/S (Danska) in ALS Czech Republic s.r.o. (Češka republika); družba „Švykai“ UAB; skupina ponudnikov, ki sta jo sestavljali družbi „Žalvaris“ UAB in „Toksika“ UAB; ter „Eko Balt“ UAB.
- 4 Javni naročnik je 22. novembra 2018 od pritožnice zahteval, naj v pojasnilo svoje ponudbe predloži nekaj informacij, med drugim v zvezi z razporeditvijo dejavnosti ravnanja z odpadki med svojimi partnerji in podizvajalci ter v zvezi z

informacijami o tem, kateremu podizvajalcu konkretno je bilo podeljeno soglasje za odpremo mednarodne pošiljke odpadkov.

- 5 Javni naročnik je 7. decembra 2018 po proučitvi informacij, ki jih je predložila pritožnica, slednjo obvestil o tem, da mednarodno pošiljko odpadkov ureja Uredba št. 1013/2006, na podlagi katere se zahteva imetništvo soglasja za odpremo pošiljke, ki ga nima noben od gospodarskih subjektov, ki jih je vključila pritožnica.
- 6 Javni naročnik je 21. maja 2019 sprejel odločbe, s katerimi je zavrnil ponudbo pritožnice, razglasil razvrstitev ponudb in uspešnega ponudnika (ki je bila skupina ponudnikov, ki sta jo sestavljali družbi „Žalvaris“ UAB in „Toksika“ UAB) ter z njim sklenil pogodbo o javnem naročilu storitev.
- 7 Nasprotna stranka je svojo odločitev o zavrnitvi ponudbe pritožnice med drugim utemeljila z vse večjo nevarnostjo za okolje, ki jo povzročajo neurejeni odpadki, in z neizpolnjevanjem razpisnih pogojev, ki se nanašajo na obveznost ponudnikov, da imajo pravico do opravljanja dejavnosti, potrebne za izvajanje pogodbe o javnem naročilu (pritožnica bi morala imeti soglasje za odpremo mednarodne pošiljke odpadkov, ki bi ga izdala Aplinkos apsaugos agentūra (agencija za varstvo okolja) v skladu z določbami Uredbe št. 1013/2006, in čeprav je bila opozorjena, naj to stori, ni vključila novih podizvajalcev, ki bi imeli soglasje ali ki ga ne bi potrebovali).
- 8 Pritožnica je 30. maja 2019 pri nasprotni stranki vložila pritožbo v zvezi z zavrnitvijo njene ponudbe. Pritožnica je trdila, da izpolnjuje zahtevo glede usposobljenosti za ponudnike v skladu z razpisnimi pogoji, saj ti niso vsebovali zahteve za vključitev soglasja za mednarodno pošiljko v ponudbo. Po mnenju pritožnice bi bilo treba navedeno soglasje šteti za zahtevo za izvajanje pogodbe in ne za zahtevo glede usposobljenosti. Pripomnila je tudi, da ne bi mogla pridobiti soglasja za pošiljanje odpadkov kadar koli, saj v razpisnih pogojih nista bili navedeni njihova natančna količina in sestava.
- 9 Nasprotna stranka je 10. junija 2019 sprejela odločbo o zavrnitvi pritožbe pritožnice, v kateri je v bistvu ponovila razloge, navedene v njenih predhodnih odločbah.
- 10 Pritožnica je 20. junija 2019 pri Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče, Vilna) vložila tožbo, ki je bila zavrnjena. Pritožnica je 16. oktobra 2019 vložila pritožbo, ki jo je Lietuvos apeliacinis teismas (pritožbeno sodišče Litve) zavrnilo s sodno odločbo z dne 18. decembra 2019.
- 11 Sodišči sta v bistvu ugotovili, da mora javni naročnik v skladu s členom 47 zakona o javnem naročanju preveriti usposobljenost ponudnikov, kar pomeni, da lahko v razpisne pogoje vključi zahtevo, ki se nanaša na pravico do opravljanja dejavnosti; izpodbijani razpisni pogoj sta opredelili kot zahtevo glede usposobljenosti ponudnika; navedbe nasprotne strank, da bi morala pritožnica na podlagi Uredbe št. 1013/2006 javnemu naročniku predložiti soglasje za pošiljko,

saj se je odločila, da bo pošiljala odpadke v drugo državo članico Evropske unije, sta šteli za utemeljene, in navedli, da dejstvo, da tak dokument ni bil določen v razpisnih pogojih, navedene ugotovitve ne spreminja, saj je dokument naveden v obveznih določbah prava Unije in zato njegova uporaba ne pomeni kršitve načela javnega naročanja.

- 12 Pritožnica je 17. januarja 2020 pri Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče Litve; v nadaljevanju: kasacijsko sodišče) vložila kasacijsko pritožbo.

Povzetek razlogov za vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 13 Iz spisa je razvidno, da vrednost pogodbe o javnem naročilu storitev, sklenjena 7. oktobra 2019, tj. 1.167.500,00 EUR brez DDV, presega najnižjo vrednost mednarodnega javnega naročila, zaradi česar spada spor med strankama brez dvoma na področje uporabe prava Unije o javnem naročanju (Direktiva 2014/24). Uporaba Uredbe št. 1013/2006 ni povezana z vrednostjo pošiljke odpadkov, temveč je odvisna od pogodbenega predmeta (zadevni odpadki) in ozemeljskega vidika, zato spada spor med strankama na področje uporabe tega akta prava Unije.
- 14 V obravnavani zadevi se spor med strankama nanaša na zakonitost ocenjevanja ponudb, ki sta ju predložila pritožnica in uspešni ponudnik, z vidika skladnosti z določenimi zahtevami.

Zahteva za predložitev soglasja za odpremljanje mednarodne pošiljke odpadkov na podlagi Uredbe št. 1013/2006 med postopkom javnega naročanja

- 15 Po mnenju senata se temeljno pravno vprašanje, ki je med drugim povezano z razlago in uporabo določb Direktive 2014/24 ter Uredbe št. 1013/2006, nanaša na pravilno opredelitev razpisnih pogojev, tj. ali vključujejo zahtevo, ki se nanaša na pravico ponudnikov do opravljanja dejavnosti, ali zahtevo za izvajanje pogodbe o javnem naročilu. To vprašanje ni samo sebi namen; v bistvu je podlaga za presojo zakonitosti odločbe javnega naročnika o zavrnitvi ponudbe pritožnice.
- 16 V tem okviru bi bilo treba upoštevati dosledno sodno prakso kasacijskega sodišča, v skladu s katero je pri reševanju sporov med javnimi naročniki in ponudniki dejansko pomembna vsebina pogoja, ne pa to, kako ga javni naročnik poimenuje; pravilna opredelitev pogojev dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila bo zagotovila pravilno uporabo določb zakona o javnem naročanju v različnih postopkih javnega naročanja, skladno s tem pa tudi pravilno rešitev spora.
- 17 Po drugi strani bi bilo treba upoštevati, da v izpodbijanem razpisnem pogoju ni izrecno navedena zahteva za predložitev soglasja za mednarodno pošiljko odpadkov skupaj s ponudbo. To med strankama ni sporno.
- 18 Nasprotna stranka je izpodbijani razpisni pogoj opredelila kot pogoj, ki vključuje zahtevo za imetništvo pravice do odpremljanja mednarodne pošiljke odpadkov. Sodišči, ki sta preučili zadevo, sta to stališče potrdili.

- 19 Kasacijsko sodišče je več kot enkrat navedlo, da se usposobljenost ponudnika razume kot njegova zmogljivost in pripravljenost za pravilno izvajanje obveznosti, ki jih je prevzel v skladu s pogodbo o javnem naročilu; to je objektivna kategorija (pravno dejstvo), ki pomeni obstoj določenih dejstev preteklosti (npr. donosnosti dejavnosti) ali sedanosti (npr. usposobljenost osebja podjetja); usposobljenost mora biti pridobljena do roka za predložitev ponudb, določenega v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. Enako stališče je pravzaprav navedeno v sodni praksi Sodišča Evropske unije (glej sodbo Sodišča z dne 10. oktobra 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, točka 42).
- 20 Sodna praksa kasacijskega sodišča v zvezi z opredelitvijo pogojev za oddajo javnega naročila kot zahtevo glede zmogljivosti ponudnika ali zahtevo glede izvajanja pogodbe med drugim navaja, da je za tako presojo pomembno ugotoviti, ali je zadevna zahteva v pogojih za oddajo javnega naročila določena neposredno in nedvoumno ter tako, da je ocena skladnosti z njo povezana z rokom za predložitev ponudb; treba je oceniti tudi upoštevna pravna pravila, iz katerih izhaja obveznost ponudnika do imetništva določenega dovoljenja za opravljanje dejavnosti.
- 21 Med postopkom je pritožnica vztrajno zatrjevala, da je treba v skladu z določbami Uredbe št. 1013/2006 soglasje, katerega predložitev je zahtevala nasprotna stranka, razlagati bolj kot nekaj, kar je povezano z izvajanjem specifične pogodbe, in ne kot usposobljenost ponudnika. Po mnenju senata se taka razlaga Uredbe št. 1013/2006 ob upoštevanju njenih določb *a priori* ne zdi neutemeljena.
- 22 Dejansko je v skladu z določbami Uredbe št. 1013/2006 soglasje za odpremo mednarodne pošiljke odpadkov bolj *ad hoc* kot pa splošnega značaja, saj se pošiljka odpadkov šteje za zakonito med drugim tedaj, ko je prijavljena pristojnim organom, ti pa podeljujejo soglasja, in pošiljka se odpremi tako, kot je navedeno v prijavnem ali transportnem dokumentu in v skladu z določili zadevne uredbe.
- 23 Po mnenju senata samo dejstvo, da določen dokument, ki gospodarskemu subjektu dovoljuje delovanje, vsebuje zelo specifične informacije, samo po sebi ne bi izključevalo možnosti za opredelitve navedenega soglasja kot dokazila o imetništvu pravice za opravljanje dejavnosti.
- 24 Kljub temu senat meni, da je soglasje za pošiljanje odpadkov iz ene države članice v drugo veljavno le kratek čas, in tudi če je bilo soglasje za pošiljanje zadevnih odpadkov pridobljeno, ga ne bo mogoče uporabiti ob drugi priložnosti, zlasti ker je namen, za katerega je bilo soglasje podeljeno, že izpolnjen. Poleg tega se lahko razlikuje sestava različnih pošiljk odpadkov, a tudi če se ne spremeni, se lahko razlikujeta tranzitna in ciljna država. Zato izdaja in veljavnost soglasja za pošiljko in možnost njegove uporabe niso odvisne le od zanesljivosti in prizadevanj subjekta, ki ga poskuša pridobiti, temveč tudi od drugih posebnih okoliščin.
- 25 Poleg tega v skladu z določbami Uredbe št. 1013/2006 pristojni organi zadevnih držav (država odpreme, ciljna in tranzitna država) uživajo precej široko

diskrecijsko pravico do zavrnitve izdaje soglasja, tako da obstaja precejšnje tveganje, da ponudnik, ki je v postopku javnega naročanja oddal uspešno ponudbo za pošiljanje odpadkov in sklenil pogodbo, ali njegov partner navsezadnje ne bosta mogla zakonito izvajati pogodbe.

- 26 Senat je izrazil pomisleke v zvezi z vprašanjem, ali bi bilo treba tveganje, da soglasje ne bo izdano, prenesti na javne naročnike, ki so izbrali uspešnega ponudnika in z njim sklenili pogodbo. Po drugi strani pa, če se izpodbijani razpisni pogoji štejejo za zahtevo glede usposobljenosti, bi določeno vrsto tveganja, povezanega z upravnim bremenom pridobitve soglasja za pošiljko in ekonomskim bremenom pridobitve finančne garancije (člen 6 Uredbe št. 1013/2006), neizogibno nosil ponudnik.
- 27 V zvezi s tem kasacijsko sodišče nazadnje meni, da mora odločitev o opredelitvi izpodbijanega razpisnega pogoja ob upoštevanju *ad hoc* narave soglasja za pošiljko med drugim temeljiti na določbah Direktive 2014/24, *a fortiori* njenem členu 58 in Prilogi XI k njej. Kljub temu niti navedeni člen niti uvodni del Direktive ne vsebujeta jasnejših določb, ki bi ravno pri proučevanju vprašanja, ali je soglasje za pošiljanje odpadkov element, značilen za usposobljenost ponudnikov, omogočale določitev dejanske vsebine izpodbijanega razpisnega pogoja. Z drugimi besedami, ni jasno, ali je pri opredeljevanju pojma „ustreznosti za opravljanje poklicne dejavnosti“ namen zakonodaje Unije opisati vsakovrstne položaje, ki med drugim vključujejo izdajo in uporabo *ad hoc* dovoljenja za opravljanje dejavnosti.

Preučitev pravice ponudnika do opravljanja dejavnosti (člen 35(2), točka 3, zakona o javnem naročanju)

- 28 Če bo odločeno, da je treba izpodbijani razpisni pogoji opredeliti kot zahtevo za ponudnike, da imajo pravico opravljati dejavnost, ter da zahteva izhaja iz postopka oddaje javnega naročila in uporabe določb Uredbe št. 1013/2006, tako da jo morajo ponudniki izpolniti, to odpira dodatna vprašanja, ki se glede na člen 23.1.2 razpisnih pogojev, v katerih je naveden člen 35(2), točka 3, zakona o javnem naročanju, nanašajo na oceno zmogljivosti ponudnika.
- 29 Pritožnica opira svoje stališče glede nezakonnosti zavrnitve njene ponudbe med drugim na dejstvo, da zaradi vsebine izpodbijanega razpisnega pogoja in sistemske uporabe člena 23.1.2 razpisnih pogojev njene ponudbe ni bilo mogoče zavrniti, saj je sama nasprotna stranka v razpisnih pogojih navedla, da bo pravica ponudnika do opravljanja dejavnosti preverjena le delno.
- 30 Senat opozarja, da se je v Litvi dolgo časa (do začetka leta 2017) uporabljala deloma pomanjkljiva praksa, v skladu s katero v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila niso bile določene nobene zahteve v zvezi s pravico dobaviteljev do opravljanja dejavnosti ali pa so bile zahteve vsebinsko oblikovane preveč abstraktno, tako da so določale splošni pogoj brez natančnejše opredelitve, katero posebno pravico je treba imeti ali katera dokazila v zvezi s tem je treba predložiti.

Kasacijsko sodišče je tedaj menilo, da je bilo tudi načelo preglednosti povod za zahtevo glede spoštovanja obveznih pravnih pravil, določenih v drugi posebni zakonodaji, kar je v bistvu pomenilo, da je bil v skladu z opredelitvijo predmeta postopka javnega naročanja in z drugimi določbami tehničnih specifikacij ponudnik odgovoren za ocenjevanje vseh potrebnih potrdil, dovoljenj, izjav in drugih podobnih dokumentov, ki izkazujejo imetništvo specifične pravice.

- 31 Taka sodna praksa kasacijskega sodišča je bila v uporabi do 14. februarja 2017, ko je bila s sodno odločno v civilnem postopku prej obstoječa nacionalna sodna praksa spremenjena. V navedeni sodni odločbi, ki se je med drugim opirala na sodbo Sodišča Evropske unije z dne 2. junija 2016 v zadevi Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), je bilo navedeno: (a) uporaba posebne zakonodaje, ki ima prednost pred jasnostjo pogojev za oddajo javnih naročil, pomeni, da javni naročniki uživajo preširoko diskrecijsko pravico in povečuje nevarnost njihove zlorabe; (b) javni naročniki ponudb ponudnikov ne smejo zavrniti na podlagi zahtev, ki niso jasno vnaprej določene, čeprav te zahteve izhajajo iz obveznih pravnih pravil; (c) če pogoji za oddajo javnih naročil ne določajo jasno zahtev glede pravice do opravljanja dejavnosti, določenih v drugih obveznih pravnih aktih, in jih ponudniki ne izpolnjujejo, jim je treba omogočiti, da odpravijo morebitne pomanjkljivosti v svojih ponudbah; (d) tak mehanizem popravka zajema dovoljenje, da ponudnik za izvajanje pogodbe o javnem naročilu vključi nove subjekte — partnerje ali podizvajalce —, če je sam nezmožen ali nima pravice izvajati nekaterih del (opravljati nekaterih storitev).
- 32 Treba je opozoriti, da je litovski zakonodajalec pri prenosu določb Direktive 24/2014 sprejel novo različico zakona o javnem naročanju, v katerega členu 35(2), točka 3, je z namenom izoginitve zavrnitvam ponudb na podlagi nejasno opredeljenih zahtev glede usposobljenosti javnim naročnikom izrecno podelil pravico, da ne preverjajo (ali da ne preverjajo v celoti) zadevne zmogljivosti ponudnikov.
- 33 Pri razlagi navedene določbe je kasacijsko sodišče opozorilo, da zakon o javnem naročanju v bistvu odraža prakso v zasebnih pravnih razmerjih, da se zagotavlja imetništvo zadevne pravice do opravljanja dejavnosti v pogodbenih in ne predpogodbenih pravnih razmerjih (čeprav javni naročniki dejansko nimajo prepovedi določanja take zahteve glede usposobljenosti v dokumentaciji v zvezi z javnimi naročili); pred sklenitvijo pogodbe o javnem naročilu morajo javni naročniki v vsakem primeru ugotoviti, ali bodo imeli zadevni subjekti pravico prevzemati in izpolnjevati pogodbene obveznosti.
- 34 Poleg tega ob upoštevanju dolžnosti javnih naročnikov, ki izhajajo iz načela preglednosti, besedilo „usposobljenost ni bila preverjena“ ne zajema le zahteve za predložitev dokumenta, ki potrjuje zadevno pravico, temveč predvsem formulacijo (določitev) same zahteve v pogojih za oddajo javnega naročila, da morajo ponudniki imeti tako zmogljivost, tj. usposobljenost se šteje za preverjeno, če so v pogojih za oddajo javnega naročila določene zadevne zahteve in če javni naročnik pri preučevanju ponudbe zahteva predložitev zadevnih dokumentov.

- 35 Na podlagi sodne prakse kasacijskega sodišča med letoma 2017 in 2019 je treba sklepati, da če javni naročnik ne bi preveril v celoti ali če sploh ne bi preveril, ali imajo ponudniki pravico do opravljanja dejavnosti, bi moral ponudnik, za katerega se je presodilo, da je uspešen ponudnik, pred sklenitvijo pogodbe o javnem naročilu javnemu naročniku predložiti dokazilo o imetništvu take pravice ne glede na datum njegove izdaje, če pa ponudnik take pravice ne bi imel, pa bi lahko vključil nove subjekte, tj. partnerje v skupni dejavnosti ali podizvajalce.
- 36 Senat se sprašuje, ali je taka nacionalna zakonodaja, v skladu s katero javni naročniki ohranjajo neomejeno pravico, da ne preverjajo, ali imajo ponudniki pravico opravljati dejavnost, čeprav je mogoče, da so lahko (ali morajo biti) navedeni naročniki seznanjeni s potrebo po imetništvu take pravice, in lahko (ali je potrebno, da) razumejo, da obstaja nevarnost za pravilno izvajanje pogodbe o javnem naročilu, združljiva z načeloma preglednosti in varstva legitimnih pričakovanj ter s prakso razumnega izvajanja postopkov javnega naročanja.

Zakonitost pogojev za oddajo javnega naročila, ki opredeljujejo predmet postopka javnega naročanja

- 37 Senat se prav tako sprašuje o razpisnih pogojih, ki določajo predmet postopka javnega naročanja, in o nekaterih določbah tehničnih specifikacij. Razpisni pogoji jasno kažejo, da javnemu naročniku natančna sestava in količina odpadkov, ki jih je treba odstraniti, ni v celoti znana.
- 38 V tem okviru sta kasacijsko sodišče in Sodišče Evropske unije med drugim večkrat navedli, da morajo biti tehnične specifikacije dovolj natančne, da lahko ponudniki opredelijo predmet naročila, naročniki pa oddajo naročilo, in da jo je treba jasno navesti, tako da se lahko vsi ponudniki seznanijo s tem, kaj zajemajo pogoji, ki jih določi naročnik (sodba Sodišča Evropske unije z dne 10. maja 2012, Komisija/Nizozemska, C-368/10, EU:C:2012:284).
- 39 Po drugi strani pa, tudi če bi bilo obratno, to pomeni, če bi lahko nasprotna stranka zakonito podala neizčrpno opredelitev predmeta postopka javnega naročanja, senat dvomi o zakonitosti takega položaja na podlagi določb Uredbe št. 1013/2006, zlasti če bi bil izpodbijani razpisni pogoj opredeljen kot zahteva, ki se nanaša na pravico do opravljanja dejavnosti. V členu 2, točka 35, Uredbe št. 1013/2006 je pojasnjeno, da gre za nezakonito pošiljko, kadar je ta med drugim opravljena na način, ki ni izrecno določen v prijavnem ali transportnem dokumentu. Zakonitost pošiljke odpadkov je zato med drugim odvisna od skladnosti s prvotnimi pogoji, v skladu s katerimi je podeljeno soglasje za pošiljanje odpadkov.
- 40 Člen 17 Uredbe št. 1013/2006 določa, da če pride do bistvene spremembe podatkov in/ali pogojev pošiljke, morajo biti pristojni organi in prejemnik o tem obveščeni, če je to mogoče, še pred začetkom pošiljanja; v takem primeru se predloži nova prijava. To pomeni, da če se dejanska sestava in količina vseh

nevarnih odpadkov ugotovi med izvajanjem pogodbe o javnem naročilu, mora prevoznik v bistvu ponovno začeti postopek prijave.

- 41 V razpisnih pogojih je javni naročnik navedel, da če se sestava odpadkov v posodah, ki jih je pregledal, spremeni ali če je treba sestavo ponovno določiti na podlagi posod, ki predhodno niso bile pregledane, ponudnik z navedenimi odpadki ravna na podlagi oznake 19 12 11 („drugi odpadki pri mehanski obdelavi odpadkov, ki vsebujejo nevarne snovi“) ali na podlagi oznake 16 10 01 („vodni tekoči odpadki, ki vsebujejo nevarne snovi“). Senat dvomi o tako neizčrpni alternativni opredelitvi predmeta postopka v zvezi z uporabo določb Uredbe št. 1013/2006.
- 42 Na primer, v skladu s členom 5 navedene uredbe morata prijavitelj in prejemnik skleniti pogodbo za predelavo ali odstranjevanje odpadkov. Ni jasno, ali se lahko stranki v taki pogodbi dogovorita o pošiljki odpadkov pod zgoraj navedenimi oznakami nevarnih odpadkov, kjer niso na voljo vsi zahtevani podatki o sestavi odpadkov.
- 43 Ob upoštevanju navedenega senat utemeljeno dvomi o tem, ali na podlagi splošne zakonodaje o javnem naročanju (Direktiva 2014/24) in upoštevnih določb Uredbe št. 1013/2006 javni naročniki, kadar naročajo storitve ravnanja z odpadki, niso dolžni opredeliti količine in sestave odpadkov, ki zahtevajo odstranitev ali ravnanje z njimi, ter drugih upoštevnih informacij o teh odpadkih čim bolj jasno in natančno, ne pa prepustiti ponudnikom, da to ugotovijo sami in se prilagodijo med izvajanjem pogodbe o javnem naročilu.