

Zadeva C-737/22

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

1. december 2022

Predložitveno sodišče:

Østre Landsret (Danska)

Datum predložitvene odločbe:

11. november 2022

Tožeča stranka:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Tožena stranka:

BibMedia A/S

...

ØSTRE LANDSRET

(višje sodišče za vzhodno regijo, Danska)

SKLEP

z dne 11. novembra 2022

[...]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

[...]

proti

BibMedia A/S

- 1 [...] Zadevo je sprožil Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (organ danske države in občin za javno naročanje; v nadaljevanju: SKI) zoper družbo Audio Visionary Music A/S (v nadaljevanju: AVM), nanaša pa se na zakonitost postopka

javnega naročanja, ki ga je SKI izvedel v zvezi z okvirnim sporazumom za zagotavljanje knjižničnega gradiva in pripravljalnih storitev v zvezi s tem.

- 2 V skladu s členom 267(2) Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) se je Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo, Danska) odločilo pri Sodišču Evropske unije (v nadaljevanju: Sodišče) vložiti predlog za izdajo predhodne odločbe glede razlage prepovedi pogajanj, o kateri je mogoče sklepati iz sodne prakse Sodišča glede temeljnih načel enakega obravnavanja in transparentnosti, kot sta izražena v členu 18(1) 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 o javnem naročanju). Nadalje, Sodišče je zaproseno za mnenje o tem, ali na obseg prepovedi vpliva dejstvo, da gre za odprti postopek za ločene sklope (glej člena 27 in 46 direktive o javnem naročanju).

OKOLIŠČINE IN POTEK ZADEVE

- 3 Tožeča stranka SKI je osrednji organ naročanja v lasti danske države in Kommunernes Landsforening, ki je združenje in interesna organizacija danskih občin. SKI je bil ustanovljen z namenom racionalizacije in profesionalizacije javnega naročanja, tudi z razvojem, naročanjem in izvajanjem okvirnih sporazumov v imenu strank SKI (državnih in občinskih naročnikov).
- 4 V času naročila je bila družba AVM dejavna na trgu pripravljalnih storitev v zvezi s knjižničnim gradivom. S 1. marcem 2021 je družba BibMedia A/S pridobila vse delnice navedene družbe. Družba AVM je nato prenehala obstajati, saj se je združila z družbo BibMedia A/S, ki je zato stranka v postopku.
- 5 Dne 4. februarja 2020 je SKI objavil javno naročilo glede okvirnega sporazuma 50.05 za knjižnično gradivo, ki se je nanašal na zagotavljanje knjižničnega gradiva in pripravljalnih storitev. Okvirni sporazum je bil razdeljen na osem sklopov, njegova skupna vrednost pa je ocenjena med 748 milijonov DKK in 1,021 milijarde DKK. Sklopa, ki sta pomembna za obravnavano zadevo, sta „Sklop 1 Danske knjige in notni zapisi (vzhod)“ z ocenjeno vrednostjo 253 milijonov DKK in „Sklop 2 Danske knjige in notni zapisi (zahod)“ z ocenjeno vrednostjo 475 milijonov DKK.
- 6 Vsi sklopi so se nanašali na okvirni sporazum z enim dobaviteljem, merilo za dodelitev pa je bila najnižja cena. V ponudbah je bilo treba navesti nekatere osnovne podatke o ponudniku, izpolniti je bilo treba enotni evropski dokument v zvezi z oddajo javnega naročila (ESPD) ter priložiti seznam ponudb z navedbo cen za relativno skromno število postavk na sklop.
- 7 Ob objavi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila je bilo v točki 3.1 specifikacije navedeno naslednje glede načina izbire ponudnika za sklopa 1 in 2:

„Sklopa 1 in 2 sta medsebojno odvisna (glej točko 3.1.1) in če ponudnik predloži ponudbo za enega od navedenih sklopov, je ponudba samodejno vložena za oba

sklopa. Glede tega niso možne nobene izjeme, zato ni mogoče predložiti ponudbe le za enega od obeh sklopov v zvezi z danskimi knjigami in notnimi zapisi.

Razen zgoraj navedene omejitve ni drugih omejitev glede tega, za koliko sklopov lahko ponudnik predloži ponudbo.

SKI namerava oddati naročilo enemu ponudniku na sklop. Istemu ponudniku je mogoče oddati naročilo za več sklopov.

Za trg knjižničnega gradiva velja, da obstaja le nekaj specializiranih dobaviteljev in potencialnih ponudnikov. Področje danskih knjig in notnih zapisov je največje področje proizvoda v smislu prometa, zato je za potencialne ponudnike gospodarsko pomembno. Zaradi varstva konkurence na trgu v prihodnje je področje danskih knjig in notnih zapisov geografsko razdeljeno v dva sklopa. Sodelujoče stranke so zato razdeljene na področji vzhoda in zahoda. V Prilogi A ter podprilogah A.1 in A.2 je navedeno, katere občine spadajo v sklop 1 (Danske knjige in notni zapisi (vzhod)) in katere v sklop 2 (Danske knjige in notni zapisi (zahod)).“

8 V točki 3.1.1 specifikacij je navedeno tudi:

„Področje danskih knjig in notnih zapisov je bilo v javno naročilo vključeno po modelu vzhod/zahod, kar pomeni, da je namen oddati javno naročilo enemu dobavitelju na območju vzhodne Danske in drugemu na območju zahodne Danske, vendar se bodo za vse stranke uporabljale iste predlagane cene, ne glede na to, ali so stranke z vzhodne ali zahodne Danske.

Ponudniki predložijo cene za stopnjo dobička in pripravo, ki morajo biti enake – in se bodo uporabljale – za oba sklopa, tj. za vzhodno Dansko in za zahodno Dansko.

Ponudniku, ki bo predložil ekonomsko najugodnejšo ponudbo, bo oddano naročilo kot dobavitelju za sklop 2 Danske knjige in notni zapisi (zahod).

Ponudniku, ki bo predložil drugo ekonomsko najugodnejšo ponudbo, bo oddano naročilo kot dobavitelju za sklop 1 Danske knjige in notni zapisi (vzhod). Vendar mora slednji sprejeti, da oddaja naročila kot dobavitelju na območju vzhodne Danske pomeni, da mora strankam na območju vzhodne Danske dobavljati blago in storitve iz okvirnega sporazuma za povsem enako ceno kot ponudnik z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, ki bo postal dobavitelj na območju zahodne Danske.

Če se ponudnik z drugo ekonomsko najugodnejšo ponudbo ne strinja s tem, da postane dobavitelj na območju vzhodne Danske, se priložnost prenese na ponudnika s tretjo ekonomsko najugodnejšo ponudbo, ki mora prav tako sprejeti, da oddaja naročila kot ponudniku na območju vzhodne Danske pomeni, da mora strankam na območju vzhodne Danske dobavljati blago in storitve iz okvirnega

sporazuma za povsem enako ceno kot ponudnik z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, ki bo postal dobavitelj na območju zahodne Danske.

Če se tudi ta ponudnik ne strinja s tem, da postane dobavitelj na območju vzhodne Danske, se priložnost prenese na naslednjega ponudnika na seznamu in tako naprej. Če nobeden od ponudnikov s seznama ponudnikov, ki izpolnjujejo pogodbene pogoje, ne želi postati dobavitelj za območje vzhodne Danske, se dobavitelju, ki mu je oddano naročilo za območje zahodne Danske, odda tudi naročilo za območje vzhodne Danske. V takem primeru ta postane dobavitelj za celotno Dansko, tj. za oba sklopa (1 in 2) in za celotno državo dobavlja po enakih cenah.

Model vzhod/zahod za ponudnike pomeni, da če se pri ocenjevanju izkaže, da so predložili ekonomsko najugodnejšo ponudbo, se strinjajo, da se preostalim ponudnikom omogoči popoln dostop do njihovih predlaganih cen, najprej ponudniku z drugo ekonomsko najugodnejšo ponudbo, če se ta ne strinja s tem, da postane dobavitelj za območje vzhodne Danske, pa naslednjemu na seznamu in tako naprej.

Razlog, zakaj se ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo odda naročilo za območje zahodne Danske, je predpostavka, da bo višji promet dosežen na območju zahodne Danske kot na območju vzhodne Danske. Zato bi se moral ponudnik, ki se mu odda naročilo za območje vzhodne Danske, zavedati tudi, da mora s sprejetjem imenovanja za dobavitelja na območju vzhodne Danske zagotoviti, da lahko na podlagi določenih cen opravlja dejavnost z dobičkom glede na svoje stroške, čeprav bo promet na območju vzhodne Danske predvidoma nižji od prometa na območju zahodne Danske. Porazdelitev pričakovanega prometa med območjema vzhodne in zahodne Danske je opredeljena v A.1.“

- 9 Do 3. marca 2020, zadnji dan za predložitev ponudb, je SKI prejel ponudbi družb AVM in BibMedia A/S (edina resna dobavitelja na trgu). Oba ponudnika sta predložila ponudbi za vse sklope.
- 10 Iz ocene ponudb izhaja, da je družba BibMedia A/S predložila ekonomsko najugodnejšo ponudbo (najnižja cena) za vse sklope, družba AVM pa drugo ekonomsko najugodnejšo ponudbo za vse sklope.
- 11 Na podlagi modela za oddajo naročila v sklopih 1 in 2, kot je opisano v specifikaciji, je SKI ponudil družbi AVM oddajo naročila za sklop 1 (vzhod), če AVM sprejme, da bo moral dobavljati po cenah, ki jih je ponudila družba BibMedia A/S kot ponudnik z najnižjo ceno in o katerih je bila družba AVM v času navedenega stika obveščena.
- 12 Družba AVM je to sprejela, zato je SKI 21. aprila 2020 poslal sporočilo o sklepu o oddaji naročila.
- 13 Družba AVM je nato 30. aprila 2021 vložila pritožbo pri Klagenævnet for Udbud (komisija za pritožbe na področju javnih naročil, Danska; v nadaljevanju: komisija

za pritožbe). Komisija za pritožbe je bila ustanovljena z namenom izpolnjevanja obveznosti Danske na podlagi direktiv o pravnih sredstvih, njena naloga pa je obravnava pritožb glede morebitnih kršitev *udbudsloven* (zakona o javnem naročanju), direktiv EU o javnem naročanju, Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) in načel enakega obravnavanja in transparentnosti itd., ki izhajajo iz njega, ter *tilbudsloven* (zakona o postopkih javnega naročanja), ki jih storijo javni naročniki.

- 14 Komisija za pritožbe je 14. januarja 2021 izdala odločbo v zadevi C-20/05105, Audio Visionary Music A/S proti Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, v kateri je odločila:

„[SKI je] z uporabo postopka oddaje javnega naročila za sklopa 1 in 2, v skladu s katerim lahko ponudnik, ki je oddal drugo najboljšo ponudbo, to spremeni po izteku roka za oddajo ponudb, s čimer se mu odda naročilo za sklop 1, kršil načelo enakega obravnavanja (glej člen 2(1) zakona o javnem naročanju in člen 56 zakona o javnem naročanju).“

- 15 Komisija za pritožbe je svojo odločitev med drugim obrazložila kot sledi:

„gre za odprti postopek in ko ponudnik odda ponudbo, je načeloma ni mogoče več spremeniti, ne na pobudo naročnika in ne na pobudo ponudnika.

Zato načeli enakega obravnavanja in transparentnosti v zvezi z odprtim postopkom preprečujeta kakršno koli obliko pogajanj med naročnikom in ponudnikom. Če se na pobudo naročnika ponudniku omogoči sprememba (znižanje) ponujene cene na določeno nižjo ceno, to pomeni, da ima priložnost spremeniti bistveni element svoje ponudbe, tj. točen znesek ponudbe iz prvotne ponudbe, in sicer na način, ki koristi naročniku in ki ponudniku omogoča izboljšati cene in s tem svojo ponudbo z namenom pridobitve naročila. V skladu z uveljavljeno prakso je tak postopek v nasprotju s prepovedjo pogajanj.

Postavlja se vprašanje, ali dejstvo, da je v obravnavanem primeru oddaje javnega naročila tak postopek opisan v specifikaciji, pomeni, da se postopek v tej zadevi lahko šteje za skladnega z načeloma enakega obravnavanja in transparentnosti in je zato zakonit. Komisija za pritožbe ugotavlja, da odstopanje od prepovedi pogajanj v odprtem postopku ni mogoče zgolj zato, ker je SKI v specifikaciji opisal model vzhod/zahod, kot velja v obravnavani zadevi.“

- 16 Dne 9. julija 2021 je SKI začel sodni postopek pri Retten i Glostrup (prvostopenjsko sodišče v Glostrupu, Danska), med drugim tudi zoper ta del odločbe komisije za pritožbe. Dne 7. decembra 2021 je bila zadeva predložena Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo, Danska) v prvostopenjsko odločanje.

DANSKA PRAVILA O JAVNEM NAROČANJU

17 Direktiva 2014/24/EU (direktiva o javnem naročanju) je bila prenesena v dansko pravo z zakonom št. 1564 z dne 15. decembra 2015, kakor je bil pozneje spremenjen (v nadaljevanju: zakon o javnem naročanju).

18 S členom 2 zakona o javnem naročanju se prenaša člen 18(1) direktive o javnem naročanju, nanaša pa se na splošna načela zakona. Besedilo določbe se glasi:

Člen 2: V postopkih javnega naročanja naročnik upošteva načela enakega obravnavanja, transparentnosti in sorazmernosti v skladu z naslovi II–IV.

Odstavek 2: Javno naročilo ni zasnovano z namenom, da se izključi iz področja uporabe tega zakona ali da se umetno omeji konkurenca. Konkurenca se šteje za umetno omejeno, če je javno naročilo zasnovano z namenom, da neupravičeno zagotavlja boljšo oziroma slabšo obravnavo enega ali nekaterih gospodarskih subjektov.

19 S členom 49 zakona o javnem naročanju se prenaša člen 46(1) do (3) direktive o javnem naročanju. Odstavek 3 navedenega člena se nanaša na zahteve glede razdelitve naročil na sklope in se glasi:

Člen 49:

[...]

Odstavek 3: Naročnik v obvestilu o javnem naročilu navede:

(1) ali lahko ponudnik predloži ponudbo za en sklop, za več sklopov ali za vse sklope;

(2) ali se ponudniku lahko dodeli en sklop, več sklopov ali vsi sklopi in, če je tako, kako je mogoče sklope oziroma skupine sklopov združevati; ter

(3) objektivna in nediskriminatorna merila ali pravila, ki urejajo oddajo sklopov, vključno s tem, kako se sklopi oddajajo, kadar bi na podlagi meril ali pravil enemu ponudniku bilo oddanih več sklopov kot je največje možno število.

20 Člen 56 zakona o javnem naročanju se nanaša na postopkovna pravila glede javnega naročanja, z njim pa se prenašajo deli člena 27 direktive o javnem naročanju. Besedilo določbe se glasi:

Člen 56: V odprtih postopkih lahko vsak zainteresirani gospodarski subjekt odda ponudbo v odgovor na obvestilo o javnem naročilu. Obvestilo o javnem naročilu vsebuje informacije iz dela C Priloge V k Direktivi 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65). Naročnik uporabi standardni obrazec (glej člen 128(3)).

UPOŠTEVNE DOLOČBE PRAVA EVROPSKE UNIJE

- 21 Določbe prava EU, na katere se nanaša ta zadeva, so predvsem temeljna načela enakega obravnavanja in transparentnosti iz člena 18 direktive o javnem naročanju ter obseg prepovedi pogajanj v zvezi s sklopi (glej člen 46 direktive o javnem naročanju in „odprti postopek“ javnega naročanja v skladu s členom 27 direktive o javnem naročanju).

TRDITVE TOŽEČE STRANKE

- 22 SKI izpodbija trditev, da je z uporabo modela vzhod/zahod kršil načelo enakega obravnavanja iz člena 18(1) direktive o javnem naročanju. Ne glede na uporabo „odprtega postopka“ javnega naročanja je izbrana zasnova javnega naročila zakonita in skladna z določbami zakona o javnem naročanju, vključno z načelom enakega obravnavanja in načelom transparentnosti ter prepovedjo pogajanj, ki iz tega izhajajo, pa tudi s sodno prakso s področja javnega naročanja.
- 23 Glavni namen modela vzhod/zahod je bila želja obvarovati konkurenco na področju storitev, na katere se nanašata sklopa 1 in 2, saj gre za največje področje proizvoda v okviru javnih naročil v smislu prometa. V zvezi s tem je bistvenega pomena opozoriti, da ne obstaja zasebni trg s podobnimi storitvami in da ni drugih naročnikov, ki bi ponujali podobne pogodbe. Okvirni sporazum SKI torej dejansko pomeni celoten trg. Tržni subjekti, ki ne dobijo naročila za posamezni sklop, torej tvegajo, da bodo ostali na stranskem tiru ali celo morali zapreti dejavnost. Zato se trg na tem področju proizvoda že nekaj let spoprijema z obdobji z malo ali celo nič konkurence, kar je lahko zelo škodljivo za stranke SKI in nazadnje za davkoplachevalce. Med postopkom v zvezi z okvirnim sporazumom se je SKI zato močno osredotočil na varstvo konkurence, kolikor je bilo to mogoče, tudi z razdelitvijo tega dela javnega naročila na dva sklopa (vzhod in zahod) in z uporabo modela, ki načeloma omogoča dva različna dobavitelja, kar je skladno s temeljnimi cilji člena 46 direktive o javnem naročanju (glej uvodno izjavo 79 navedene direktive). V uvodni izjavi 79 je navedeno, da „[k]adar so javna naročila razdeljena na sklope, bi morali javni naročniki, na primer zaradi ohranjanja konkurence ali zagotavljanja zanesljivosti blaga, imeti možnost omejitve števila sklopov, za katere lahko gospodarski subjekt predloži ponudbo; prav tako bi morali imeti možnost omejitve števila sklopov, ki se lahko oddajo posameznemu ponudniku.“ Z določbo, da se morajo dobave za oba sklopa opravljati po istih cenah, kot jih je ponudil ponudnik z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, je SKI želel tudi preprečiti špekulacije z visokimi cenami za enega od sklopov na škodo strank SKI in nazadnje davkoplachevalcev. Če bi bilo enemu ponudniku tako zagotovljeno vsaj eno javno naročilo, bi lahko špekuliral s predložitvijo ponudb z visokimi cenami za oba sklopa. Zato je bila vključena zahteva, da mora ponudnik v okviru sklopa 1 opravljati dobave za isto ceno kot prvoizbrani ponudnik.
- 24 Pred oddajo javnega naročila je bilo opravljeno preverjanje trga. Iz povratnih informacij s trga je očitno izhajalo, da se udeležencem na trgu model na splošno

zdi pošten in skladen s ciljem podpore konkurenci, v konkretnem in dolgoročnem smislu. Odgovor družbe BibMedia A/S, ki je v poznejšem postopku javnega naročanja tudi predložila ponudbo (glej zgoraj), predložen v okviru preverjanja trga, je med drugim vključeval navedbo:

„Menimo, da je predlog SKI o razdelitvi sklopa 1 Danske knjige in priprava po modelu vzhod/zahod, kot je opisano, razumen, saj bo predlagani model še vedno spodbujal ponudnike k predložitvi najprivlačnejše ponudbe, s ciljem zagotoviti si količinsko največji delež. Zagotovitev več dobaviteljev za sklop 1 zagotavlja močno konkurenco v prihodnjih letih ter zagotavlja nadaljnji razvoj rešitev in storitev, kar bo v korist knjižnicam.“

- 25 Zato SKI trdi, da je model povsem v skladu z vsebinskimi vidiki, ki so, nadalje, osrednjega pomena za pravo javnega naročanja, tj. potreba po zagotavljanju učinkovite rabe javnih sredstev (glej uvodno izjavo 2 direktive o javnem naročanju) in učinkovite konkurence (glej uvodni izjavi 90 in 69 navedene direktive), in sicer v konkretnem postopku, ki se obravnava, in v prihodnje glede na specifične konkurenčne razmere na tem trgu.
- 26 Zato v podporo zakonitosti modela navaja:
- da dejstvo, da se drugemu najugodnejšemu ponudniku da priložnost sprejeti dobavo za iste cene, kot jih je ponudil najugodnejši ponudnik, in s tem oddaja naročila za sklop 1, ne pomeni „pogajanj“ v nasprotju s prepovedjo pogajanj v pravu javnega naročanja, vključno z načeli in vidiki, ki so podlaga za prepoved, in členom 56 zakona o javnem naročanju;
 - da, nasprotno, model vzhod/zahod pomeni objektivni, samodejni postopek oddaje javnega naročila, ki se opravi po razvrstitvi ponudb in brez drugih stikov med SKI in ponudnikom, ki je predložil drugo najugodnejšo ponudbo, razen potrditev slednjega, da bo dobavljal pod pogoji, ki so v naprej določeni v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in za iste cene, kot jih je ponudil ponudnik, ki je predložil najugodnejšo ponudbo;
 - da gre tudi za postopek oddaje javnega naročila po sklopih, ki je jasno in transparentno opisan v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila. SKI nikakor nima svobodne izbire v zvezi z oddajo javnega naročila v nasprotju z načelom transparentnosti iz člena 18 direktive o javnem naročanju, prav tako ponudniku, ki je predložil drugo najugodnejšo ponudbo, ne omogoča enostranske spremembe svoje ponudbe po roku oddaje ponudb, s čimer bi se postavil v boljši položaj, kot mu pripada na podlagi specifikacije, tudi v nasprotju z načeli enakega obravnavanja in transparentnosti. Prav nasprotno – oddaja javnega naročila se opravi v okviru v naprej določenih parametrov za oddajo sklopov, kot je opisano v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila, in v okviru parametrov člena 46 direktive o javnem naročanju, in sicer na podlagi postopka, na katerega ne morejo vplivati ne SKI in ne zadevni ponudniki;

- da se oddaja javnega naročila na podlagi modela vzhod/zahod torej opravi enoznačno, na podlagi predhodne ocene predloženih ponudb in uveljavljenega merila za dodelitev po načelu „najnižje cene“ ter v naprej določenega in jasno opisanega postopka za oddajo sklopov. Nadalje velja tudi, da ker se model uporabi po razvrstitvi ponudb (tj. po izvedbi ocene), ni tveganja izkrivljanja konkurence med ponudniki v obliki nepoštene diskriminacije.

TRDITVE TOŽENE STRANKE

- 27 Tožena stranka trdi, da sta odločitev in obrazložitev komisije za pritožbe pravilni in bi ju bilo treba potrditi.
- 28 Načelo enakega obravnavanja iz člena 18 direktive o javnem naročanju in člena 2(1) zakona o javnem naročanju ter posledična prepoved pogajanj pomenijo, da se v odprtem postopku naročnik ne sme pogajati z enim ponudnikom. Pri tem ni pomembno, ali je naročnik možnost pogajanj opisal v dokumentaciji v zvezi z oddajo javnega naročila.
- 29 Tožena stranka trdi, da omogočanje, da en ponudnik spremeni svojo ponudbo po izteku roka za predložitev ponudb, tako da ta ustreza ceni najugodnejšega ponudnika, pomeni pogajanja.
- 30 Tožena stranka meni, da take okoliščine, v katerih se enemu ponudniku omogoči znižati ceno svoje ponudbe, tako da ta ustreza najnižji ponudbi, pomenijo spremembo ponudbe, česar ni mogoče dopustiti po izteku roka za predložitev ponudb.
- 31 Model vzhod/zahod, ki ga je uporabil SKI, torej pomeni pogajanja v smislu direktive o javnem naročanju.
- 32 Tožena stranka tudi navaja, da takega postopka ni mogoče zakonito uporabiti v zvezi z „odprtim postopkom“ javnega naročanja v skladu s členom 27 direktive o javnem naročanju (glej člen 56 zakona o javnem naročanju). Ta vrsta postopka oddaje javnega naročila torej ne omogoča pogajanj, niti v obliki, ko bi se enemu ponudniku dala priložnost spremeniti svojo ponudbo po izteku roka za oddajo ponudb.
- 33 SKI bi moral postopek javnega naročila opraviti v okviru parametrov iz direktive o javnem naročanju, saj ta omogoča uporabo zakonitih postopkov, ki v veliki meri izpolnjujejo cilje SKI, zaradi katerih je ta uporabil model vzhod/zahod. Naročnik lahko torej javno naročilo razdeli na sklope in zakonito omeji možnost, da se enemu ponudniku odda javno naročilo za vse sklope, s čimer se tudi v prihodnje varuje konkurenca. Vendar pa v okviru postopkov iz direktive o javnem naročanju ni mogoče pridobiti več potencialnih dobaviteljev, nato pa doseči, da dobavljajo po istih cenah. Naročniki morajo zato izbrati med možnostjo, da se enemu ponudniku odda javno naročilo za vse sklope za isto ceno, in možnostjo, da se

sklopi dodelijo različnim ponudnikom, vendar za različne cene. Če se naročnik odloči omejiti možnost, da bi se enemu ponudniku oddalo javno naročilo za vse sklope, mora za manjši sklop sprejeti drugo najugodnejšo ponudbo.

RAZLOG ZA PREDLOŽITEV VPRAŠANJA

- 34 Sodna praksa Sodišča glede načela enakega obravnavanja in načela transparentnosti v direktivi o javnem naročanju ter obseg posledične prepovedi pogajanj se med drugim nanašata na omejitve naročnika pri uporabi pridržkov pri javnem naročanju ter omejitve naročnika glede naknadnega zbiranja in vključevanja informacij (glej med drugim sodbi Sodišča z dne 10. oktobra 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, in z dne 11. maja 2017, Archus in Gama, C-131/16, EU:C:2017:358), ali glede zbiranja manjkajočih ali nenatančnih informacij iz že predložene ponudbe (glej sodbo z dne 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko in drugi, C-599/10, EU:C:2012:191).
- 35 Nadalje, zdi se da je Sodišče obseg prepovedi pogajanj obravnavalo v zvezi z zamenjavo podjetij, katerih zmogljivosti namerava ponudnik uporabiti (glej med drugim sodbo z dne 3. junija 2021, Rad Service Srl Unipersonale in drugi/Del Debbio SpA in drugim, C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Zdi se, da je skupno predhodni praksi dejstvo, da se obseg prepovedi pogajanj razlaga glede na možnost naročnika popraviti dejstvo, da kandidat/ponudnik ne izpolnjuje zahtev iz dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila, in se zato nanaša na okoliščine, v katerih bi kandidat/ponudnik lahko pridobil pravni položaj, do katerega na podlagi dokumentacije v zvezi z oddajo javnega naročila ni upravičen, kar je posledično v nasprotju s temeljnimi načeli prava EU (glej sodbo z dne 22. junija 1993, Komisija/Danska, C-243/89, EU:C:1993:257; sodbo z dne 25. aprila 1996, Komisija/Belgija, C-87/94, EU:C:1996:161, in sodbo z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz/Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Vendar pa se zdi, da Sodišče še ni imelo priložnosti obravnavati, v kolikšni meri prepoved pogajanj v zvezi z odpiranjem konkurence v primeru sklopov, ko se javno naročilo opravi po „odprtem postopku“, preprečuje ponudniku, ki ni predložil ekonomsko najugodnejše ponudbe, po izteku roka za oddajo ponudb in v skladu z v naprej opredeljenimi pogoji iz specifikacije izkoristiti priložnost sprejeti dobavo predlaganih storitev za en sklop po enakih cenah kot ponudnik, ki je predložil ekonomsko najugodnejšo ponudbo in ki mu je bilo zato oddano javno naročilo za drug sklop.
- 38 Na podlagi navedenega Østre Landsret (višje sodišče za vzhodno regijo, Danska), ki je v tem primeru prvostopenjsko sodišče, ugotavlja, da je treba Sodišču predložiti naslednje vprašanje.

SE SKLENE:

39 Sodišče se zaprosi za odgovor na naslednje vprašanje:

Ali načela transparentnosti in enakega obravnavanja iz člena 18 direktive o javnem naročanju ter posledično prepoved pogajanj preprečujejo, da se ponudniku, ki je v odprtem postopku z ločenimi sklopi predložil drugo ekonomsko najugodnejšo ponudbo (glej člena 27 in 46 direktive o javnem naročanju), po izteku roka za oddajo ponudb in v skladu z vnaprej določenimi pogoji iz specifikacije ponudi priložnost, da dobavi predlagane storitve iz sklopa pod istimi pogoji kot ponudnik, ki je predložil ekonomsko najugodnejšo ponudbo in ki mu je bilo zato oddano javno naročilo za drug sklop, ki je bilo objavljeno hkrati?

[...]

DELOVNI DOKUMENT