Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
od 3. ožujka 2016.*

Predmet C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
protiv
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug, Portugal))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. – Izravni učinak – Provedba postupaka javne nabave – Gospodarski subjekti – Tehnička i/ili stručna sposobnost – Dokaz“

I – Uvod

1. Zahtjev za prethodnu odluku proizlazi iz postupka po tužbi u kojem su suprotstavljene stranke Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (u daljnjem tekstu: Ambisig) i AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (u daljnjem tekstu: AICP).

2. Ovaj zahtjev odnosi se na tumačenje članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama**.

3. Ta se odredba odnosi na dokaze o tehničkoj i/ili stručnoj sposobnosti gospodarskih subjekata zainteresiranih za predmetni ugovor. Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug, Portugal) Sudu postavlja prethodna pitanja kako bi doznao njegovo mišljenje o, s jedne strane, njezinom mogućem izravnom učinku te, s druge strane, mogućim načinima dokazivanja koje predviđa.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

4. U glavi II. Direktive 2004/18 utvrđena su pravila primjenjiva na ugovore o javnoj nabavi. Kriteriji za kvalitativni odabir razrađeni su u odjeljku 2. Poglavlja VII., koji, između ostalog, sadržava članke 45. i 48.

* Izvorni jezik: francuski

** SL L 134, str. 114. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

5. Člankom 45. stavkom 2. točkom (g) Direktive 2004/18 određeno je da gospodarski subjekt koji „je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka sukladno odredbama ovog odjeljka ili nije dostavio takve podatke” može biti isključen iz sudjelovanja u ugovoru.

6. Članak 48. Direktive 2004/18, naslovljen „Tehnička i/ili stručna sposobnost”, glasi kako slijedi:

„1. Tehničke i/ili stručne sposobnosti gospodarskih subjekata procjenjuju se i pregledavaju u skladu sa stavcima 2. i 3.

2. Dokaz o tehničkim sposobnostima gospodarskog subjekta može biti popraćen s jednim sljedećim sredstvom ili više njih ovisno o prirodi, količini ili važnosti i namjeni radova, robe ili usluga:

[...]

ii. popis glavnih izvršenih isporuka ili glavnih usluga pruženih u posljednje tri godine, s iznosima, datumima i uključenim primateljima, javnim ili privatnim. Dokaz o isporuci ili pruženoj usluzi daje se:

— ako je primatelj bio javni naručitelj, u obliku potvrda koje je izdalo ili supotpisalo nadležno tijelo,

— ako je primatelj bio privatni kupac, potvrdom kupca ili, u nedostatku navedenoga, jednostavno izjavom gospodarskog subjekta;

[...]”

B – *Portugalsko pravo*

1. Zakon o javnoj nabavi

7. Direktiva 2004/18 prenesena je u portugalski pravni poredak Zakonom o javnoj nabavi (Código dos Contratos Públicos), koji je odobren Zakonodavnim dekretom br. 18/2008 od 29. siječnja 2008., kako je izmijenjen i ponovno objavljen u prilogu Zakonodavnom dekretu br. 278/2009 od 2. listopada 2009. (*Diário da República*, 1. serija, br. 192 od 2. listopada 2009.; u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi).

8. Članak 165. Zakona o javnoj nabavi glasi kako slijedi:

„1 – Minimalni zahtjevi u smislu tehničke sposobnosti iz točke (h) stavka 1. prethodnog članka moraju biti prilagođeni naravi usluga koje su predmet ugovora koji će biti sklopljen te moraju opisivati situacije, kvalitete, značajke ili druge činjenične elemente koji se, između ostaloga, odnose na:

(a) stručno iskustvo kandidatâ;

(b) ljudske resurse, tehnološke resurse, opremu ili druge resurse kojima se kandidati koriste na bilo koji način;

(c) organizacijski model i sposobnosti kandidatâ, posebice u pogledu upravljanja i integracije specijaliziranih sposobnosti, informacijskih sustava i sustava kontrole kvalitete;

(d) sposobnost kandidatâ da usvoje mjere upravljanja zaštitom okoliša u okviru provođenja ugovora koji će biti sklopljen;

(e) informacije sadržane u bazi podataka Instituta da Construção e do Imobiliário, I. P. koje se odnose na poduzetnike, ako je riječ o postupku za sklapanje ugovora o javnim radovima ili koncesiji za javne radove.

[...]

5 – Minimalni zahtjevi u smislu tehničke sposobnosti iz stavka 1. i čimbenik ‚f' predviđen točkom (i) stavka 1. prethodnog članka ne smiju biti utvrđeni na diskriminirajući način."

2. Poziv na nadmetanje

9. Člankom 12. poziva na nadmetanje utvrđeno je sljedeće:

„Kako bi bili odabrani, kandidati moraju dostaviti sljedeće dokumente:

[...]

(c) izjavu klijenta, otisnutu na papiru sa zaglavljem i otiskom pečata, kojom se dokazuje da kandidat provodi sustav upravljanja okolišem i/ili kvalitetom [kako je utvrđeno zahtjevom iz članka 8. poziva na nadmetanje], u skladu s predloškom izjave dostupnim u Prilogu VIII. ovom pozivu na nadmetanje. Izjava mora imati potpis koji je ovjerio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo, uz navođenje funkcije potpisnika;

[...]

(f) izjavu klijenta, otisnutu na papiru sa zaglavljem i otiskom pečata, kojom se dokazuje da kandidat provodi sustav upravljanja, razvoja i provođenja mrežne tehnološke platforme, programske podrške za upravljanje i aktivnosti koordinacije [kako je utvrđeno zahtjevom iz članka 8. poziva na nadmetanje], uz navođenje predmetnog iznosa, u skladu s predloškom izjave dostupnim u Prilogu IX. ovom pozivu na nadmetanje. Izjava mora imati potpis koji je ovjerio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo, uz navođenje funkcije potpisnika; [...]".

III – Činjenice u glavnom postupku

10. U skladu s odlukom kojom se upućuje prethodno pitanje, AICP je 23. travnja 2013. odlučio pokrenuti ograničeni postupak javne nabave s postupkom preliminarne selekcije radi sklapanja ugovora o pružanju usluga provedbe sustavâ za upravljanje okolišem, kvalitetom i tehnološke platforme.

11. Na temelju članka 8. stavka 1. točaka (a) do (c) poziva na nadmetanje kandidati moraju ispuniti nekoliko uvjeta koji se odnose na njihove tehničke sposobnosti.

12. Člankom 12. stavkom 1. točkama (c) i (f) istog poziva na nadmetanje predviđeno je da kandidati, kako bi bili odabrani, moraju dokazati ispunjenje tih uvjeta na način da dostave izjave klijenata na papiru sa zaglavljem i otiskom pečata. Izjave također moraju imati potpis koji je ovjerio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo, uz navođenje funkcije potpisnika.

13. U okviru tog postupka javne nabave AICP je 30. kolovoza 2013. odobrio konačno izvješće o kandidatima koje je odabrao ocjenjivački sud. U tom izvješću navedeno je da je odabrano društvo Índice ICT & Management, Lda., dok druge dvije ponude, među kojima i ponuda društva Ambisig, nisu odabrane.

14. Zbog razloga koji nisu navedeni u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje, Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug) poništio je tu odluku 14. studenoga 2013. Između ostaloga, naložio je AICP-u da u roku od 20 dana donese novu odluku o odabiru postupka te da objavi novi poziv na nadmetanje koji neće sadržavati utvrđene nezakonitosti kao i da provede sve povezane radnje i poduzme sve povezane mjere.

15. U skladu s tom presudom AICP je 10. prosinca 2013. odlučio pokrenuti novi ograničeni postupak javne nabave s postupkom preliminarne selekcije radi sklapanja ugovora o pružanju usluga provedbe sustavâ za upravljanje okolišem, kvalitetom i tehnološke platforme unutar 13 poduzeća.

16. Nakon provođenja tog novog postupka odabira uprava AICP-a odlučila je 27. ožujka 2014. odobriti konačno izvješće o odabiru ocjenjivačkog suda, koji je odabrao kandidaturu Índicea ICT & Management Lda. i odbio kandidaturu društva Ambisig.

17. Ambisig je protiv te odluke podnio tužbu pred sudom Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Upravni i porezni sud, Leiria, Portugal), koji je 11. lipnja 2014. poništio predmetnu odluku. Međutim, Ambisig je osporio tu odluku pred punim sastavom istog suda tvrdeći da je sud pogriješio kada je odbio tužbene razloge koji se odnose na, između ostalog, nesukladnost članka 12. stavka 1. točaka (c) i (f) poziva na nadmetanje sa zahtjevima u pogledu dokaza iz članka 48. Direktive 2004/18 kao i s načelima tržišnog natjecanja, nepristranosti i proporcionalnosti koji proizlaze iz Zakona o javnoj nabavi.

18. Presudom od 6. kolovoza 2014. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Upravni i porezni sud, Leiria) odbio je žalbu društva Ambisig te je, slijedom toga, potvrdio svoju odluku od 11. lipnja 2014. Ambisig je odlučio pobiti tu presudu pred Tribunalom Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug).

19. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku upućen je u okviru postupka po toj tužbi. Naime, Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug) izražava određene sumnje u smislu opsega zahtjeva za dokazivanje predviđenih člankom 48. Direktive 2004/18 i sukladnosti zahtjeva poziva na nadmetanje s tim člankom.

IV – Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

20. Odlukom od 29. siječnja 2015., koju je Sud zaprimio 5. veljače 2015., Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug) odlučio je stoga prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. S obzirom na to da portugalsko zakonodavstvo ne uređuje područje sadržano u članku 48. stavku 2. točki (a) podtočki ii. drugoj alineji Direktive 2004/18 [...], je li ta odredba izravno primjenjiva u portugalskom pravnom poretku tako da pojedincima dodjeljuje pravo na koje se oni mogu pozivati protiv javnih naručitelja?

2. Treba li odredbu iz članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18 tumačiti na način da se protivi primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se gospodarskom subjektu ne dopušta dokazivanje pružanja usluga izjavom koju je potpisao taj isti subjekt, osim ako dokaže nemogućnost ili ozbiljnu poteškoću za dobivanje izjave od privatnog kupca?

3. Treba li odredbu iz članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18 tumačiti na način da se protivi primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se pod prijetnjom isključenja zahtijeva da izjava privatnog kupca sadržava potpis koji je potvrdio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo?”

21. Pisana očitovanja dali su društvo Ambisig, portugalska vlada i Europska komisija. Portugalska vlada i Komisija saslušane su na raspravi održanoj 28. siječnja 2016.

V – Analiza

A – *Prvo prethodno pitanje*

22. Sud koji je uputio zahtjev svojim prvim pitanjem u bitnome pita treba li članak 48. stavak 2. točku (a) podtočku ii. drugu alineju Direktive 2004/18 tumačiti na način da se njime, ako ne postoji prijenos u nacionalno pravo, pojedincima mogu dodjeljivati prava na koja se oni mogu pozivati protiv javnih naručitelja u okviru sporova pokrenutih pred nacionalnim sudovima. Dakle, riječ je o tome da je potrebno utvrditi moguće postojanje izravnog učinka te odredbe.

1. Utvrđivanje izravnog učinka članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18

23. Poznati su uvjeti i ograničenja priznavanja izravnog učinka odredaba direktive. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, u svim slučajevima u kojima se odredbe neke direktive s obzirom na svoj sadržaj pokažu bezuvjetnima i dovoljno preciznima, pojedinci se mogu na njih pozivati pred nacionalnim sudovima protiv države, bilo da je država propustila pravodobno prenijeti direktivu u nacionalno pravo bilo da ju je pogrešno prenijela*.

24. Odredba prava Unije smatra se bezuvjetnom ako propisuje obvezu koja ne sadržava nijedan uvjet te u svojoj provedbi ili u svojem učinku ne ovisi o poduzimanju nijedne mjere institucija Europske unije ili država članica**.

25. Smatram da su člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18 ispunjeni prethodno navedeni uvjeti bezuvjetnosti i preciznosti. Tom odredbom ne zahtijeva se nijedna dodatna mjera za njezinu primjenu, jer je njome predviđeno, s jedne strane, da se tehnička sposobnost gospodarskih subjekata može dokazati prikazom glavnih izvršenih isporuka ili pruženih usluga u posljednje tri godine, s iznosom, datumom i primateljem, bilo javnim bilo privatnim, te jer je njome, s druge strane, utvrđeno da se, ako je primatelj privatni kupac, pružanje usluge može dokazati potvrdom kupca ili, u nedostatku navedenog, jednostavno izjavom gospodarskog subjekta.

26. Nadalje, Sud je već imao priliku presuditi da se pojedinac pred nacionalnim sudovima može pozvati na članak 26. Direktive Vijeća 71/305/EEZ od 26. srpnja 1971. o usklađivanju postupaka sklapanja ugovora o javnim radovima*** „jer za ispunjavanje zahtjeva koji su utvrđeni u tom članku nije potrebna nijedna provedbena mjera”****. Iako se Direktiva 71/305 odnosi isključivo na ugovore o javnim radovima, ali ne i na ugovore o javnim uslugama, pravila koja se odnose na dokazivanje tehničke sposobnosti predviđena tom odredbom mogu se smatrati sličnima pravilima iz članka 48. Direktive 2004/18 u smislu njihove bezuvjetnosti i preciznosti.

* Vidjeti u tom smislu, među brojnim presudama, presudu Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, t. 18. i navedenu sudsku praksu).

** Vidjeti u tom smislu presude Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, t. 32.) i Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, t. 49.).

*** SL L 185, str. 5.

**** Presuda Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, t. 43.)

27. Naposljetku, ističem da je Sud također općenito ocijenio da se pojedinac pred nacionalnim sudovima može pozivati na odredbe glave VI. Direktive Vijeća 92/59/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim uslugama******* „ako je iz pojedinačnog ispitivanja načina na koji su sročene jasno da su bezuvjetne te u dovoljnoj mjeri jasne i precizne”********. Među tim odredbama nalazi se i članak 32., u čijem je stavku 2. predviđeno da se tehnička sposobnost pružatelja usluga može dokazati „popisom glavnih usluga pruženih u protekle tri godine, s iznosima, datumima i korisnicima, javnim ili privatnim, pruženih usluga[;] ako su pružene privatnim kupcima, pruženu uslugu mora potvrditi kupac, a ako je to nemoguće, potrebna je jednostavna izjava pružatelja usluga da je usluga obavljena”. [neslužbeni prijevod]

28. Dakle, valja utvrditi da je u članku 48. stavku 2. Direktive 2004/18 ta odredba preuzeta u gotovo nepromijenjenom obliku. Stoga smatram da je posljednja odredba bezuvjetna i u dovoljnoj mjeri precizna te da se na nju može pozivati pred nacionalnim sudovima.

2. Potreba za time da se javni naručitelj kvalificira kao „država”

29. Međutim, kako bi se Ambisig pred nacionalnim sudom mogao pozvati na članak 48. stavak 2. točku (a) podtočku ii. drugu alineju Direktive 2004/18, sud koji je uputio zahtjev mora se uvjeriti da predmetni javni naručitelj u glavnom postupku nije „pojedinac”.

30. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, direktiva ne može sama po sebi stvarati obveze za pojedinca. Stoga se na nju kao takvu nije moguće pozvati pred nacionalnim sudom protiv pojedinca*********.

31. Međutim, ako se, prema tome, na odredbe direktive s izravnim učinkom može pozivati samo protiv države, svojstvo u kojem država djeluje nije bitno**********.

32. Tako se, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, „među subjekte protiv kojih se može pozivati na odredbe direktive koje mogu imati izravan učinak ubraja i subjekt kojemu je, bez obzira na njegov pravni oblik, na temelju akta javne vlasti, povjereno obavljanje službe od javnog interesa pod njezinim nadzorom te u tu svrhu raspolaže iznimnim ovlastima koje nadilaze pravila mjerodavna za odnose među pojedincima”***********.

33. Na temelju naziva javnog naručitelja u glavnom predmetu čini se da je riječ o potpuno privatnom udruženju poduzetnika koje ne pruža usluge od javnog interesa te koje ni u kojem slučaju ne raspolaže iznimnim ovlastima za ostvarenje svojih zadaća.

34. U svojem odgovoru na pitanja koja je postavio Sud tijekom rasprave održane 28. siječnja 2016. zastupnik portugalske vlade potvrdio je da je AICP udruženje privatnog prava, koje ne obavlja djelatnosti od javnog interesa i kojemu nisu povjerene djelatnosti od javnog interesa. Prema njegovu objašnjenju, samo većinom javno financiranje djelatnosti AICP-a podrazumijeva primjenu zakonodavstva koje se odnosi na javnu nabavu************.

******* SL L 209, str. 1.

******** Presuda Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, t. 47.)

********* Vidjeti u tom smislu presude Marshall (152/84, EU:C:1986:84, t. 48.); Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, t. 20.) te Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, t. 22.).

********** Vidjeti u tom smislu presudu Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, t. 23.).

*********** Presuda Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, t. 24. i navedena sudska praksa)

************ U skladu s člankom 1. stavkom 9. Direktive 2004/18.

35. Međutim, dužnost je suda Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug) da provjeri je li AICP u trenutku nastanka predmetnih činjenica glavnog postupka bio tijelo zaduženo da pod nadzorom javne vlasti pruži uslugu od javnog interesa te je li to udruženje poduzetnika raspolagalo u tu svrhu iznimnim ovlastima**********.

36. U suprotnome se protiv njega ne može pozivati na članak 48. stavak 2. točku (a) podtočku ii. drugu alineju Direktive 2004/18. Pod tom pretpostavkom, na sudu koji je uputio zahtjev jest da primijeni načelo usklađenog tumačenja i da u najvećoj mogućoj mjeri uskladi tumačenje svih bitnih standarda nacionalnog prava s tekstom i svrhom Direktive 2004/18 kako bi ostvario njome propisani rezultat i na taj način poštovao obvezu iz članka 288. stavka 3. UFEU-a**********.

B – *Drugo prethodno pitanje*

37. Sud koji je uputio zahtjev svojim drugim pitanjem želi doznati treba li članak 48. stavak 2. točku (a) podtočku ii. drugu alineju Direktive 2004/18/EZ tumačiti na način da se protivi primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se gospodarskom subjektu ne dopušta dokazivanje tehničkih sposobnosti izjavom koju je potpisao taj isti subjekt, osim ako dokaže nemogućnost ili ozbiljnu poteškoću za dobivanje izjave od privatnog kupca.

38. Sud koji je uputio zahtjev stoga želi od Suda njegovo mišljenje o postojanju moguće hijerarhije načina dokazivanja dopuštenih člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18.

39. Člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. Direktive 2004/18 predviđeno je da se tehničke sposobnosti gospodarskog subjekta mogu dokazati popisom glavnih izvršenih isporuka ili glavnih usluga pruženih u posljednje tri godine. Ako je primatelj bio privatni kupac, drugom alinejom te odredbe predviđena su dva načina dokazivanja kako bi se dokazalo izvršenje tih isporuka ili pružanje tih usluga. Izvršenje isporuka ili pružanje usluga može se dokazati „potvrdom kupca ili, *u nedostatku navedenog*, jednostavno izjavom gospodarskog subjekta”**********.

40. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, pri tumačenju odredbe prava Unije valja uzeti u obzir ne samo formulaciju te odredbe nego i kontekst u kojemu se nalazi te ciljeve propisa kojeg je dio**********.

********** Vidjeti u tom smislu presudu Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, t. 31.).

********** Vidjeti u tom smislu presudu Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, t. 24. i navedenu sudsku praksu). Sud je izričito potvrdio hijerarhiju primjenjivih rješenja u sporu između pojedinaca u predmetu koji je doveo do presude Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200): „ako se nacionalno pravo ne može tumačiti u skladu s Direktivom – što je na sudu koji je uputio zahtjev da utvrdi – na takav se članak ne može pozivati u sporu između pojedinaca [...] kako bi se osigurao puni učinak navedenog prava [...] i izuzela iz primjene svaka suprotna odredba nacionalnog prava. Osim toga, u takvoj situaciji stranka oštećena zbog neusklađenosti nacionalnog prava s pravom Unije može se svejedno pozvati na sudsku praksu [koja se odnosi na izvanugovornu odgovornost država članica za povredu prava Unije] u presudi Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428) kako bi eventualno dobila naknadu pretrpljene štete (vidjeti presudu Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, t. 43.)” (t. 48.). Drugim riječima, ako unutar spora među pojedincima nacionalni sudac ne protumači nacionalno pravo u skladu s primjenjivom direktivom, ne može primijeniti tu direktivu, ali također ne smije izuzeti primjenu suprotnog nacionalnog prava. U tom slučaju jedini pravni lijek koji može iskoristiti pojedinac čija su prava povrijeđena jest dovođenje u pitanje odgovornosti države članice za povredu prava Unije.

********** Moje isticanje

********** Vidjeti osobito presude Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, t. 24.); Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, t. 13.); Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, t. 34.) te Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, t. 35.).

41. Međutim, kako je istaknula nezavisna odvjetnica Trstenjak u točki 37. svojega mišljenja u predmetu Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), „tekst odredbe uvijek istodobno predstavlja *polazište* i ograničenje tumačenja” **********. Osim toga, dijelim mišljenje nezavisnog odvjetnika Légera, koji je utvrdio da načini tumačenja, osim onih povezanih s tekstom odredbe, nisu potrebni ako je predmetni tekst potpuno jasan i nedvosmislen. „U tom su slučaju odredbe prava Unije dostatne same po sebi” **********.

42. U ovom slučaju valja utvrditi da je članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. Direktive 2004/18 dovoljno jasan i nedvosmislen, i to u svim jezičnim verzijama.

43. Izraz „u nedostatku navedenog” koji se upotrebljava u toj odredbi znači „u nedostatku” **********, „umjesto” ili „u slučaju nepostojanja određene stvari” **********. Stoga se ne može protumačiti na bilo koji drugi način osim u smislu hijerarhijske podjele ideja. Konkretno, način dokazivanja koji slijedi nakon izraza „u nedostatku navedenog” – to jest, izjavom gospodarskog subjekta – prema tome je nužno podredan prethodno navedenom načinu dokazivanja, a to je potvrdom kupca.

44. Neke jezične verzije još su izričitije u smislu da se u njima ne navodi samo izraz sličan izrazu „u nedostatku navedenog”, nego dopuštaju dokazivanje izjavom gospodarskog subjekta isključivo u nedostatku prethodno navedene potvrde kupca **********.

45. Osim toga, da gospodarski subjekt može samostalno odabrati način dokazivanja između onih dopuštenih člankom 48. stavkom 2 točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18, izraz „u nedostatku navedenog” ne bi imao smisla. Naime, gospodarskom subjektu uvijek bi bilo lakše da sam izradi izjavu nego da traži potvrdu od trećih osoba.

46. Stoga je izjava gospodarskog subjekta podredni način dokazivanja, koji se može upotrebljavati samo ako nije moguće dobiti potvrdu kupca. U tom je slučaju gospodarski subjekt dužan dokazati da nije mogao ishoditi tu potvrdu.

47. Budući da je člankom 45. stavkom 2. točkom (g) Direktive 2004/18 utvrđeno da iz sudjelovanja u ugovoru može biti isključen svaki gospodarski subjekt koji „je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka sukladno odredbama ovog odjeljka ili nije dostavio takve podatke”, javni naručitelj mora biti u mogućnosti provjeriti istinitost tih podataka ili razlog za njihovo nepostojanje.

********** Moje isticanje

********** Mišljenje nezavisnog odvjetnika Légera u predmetu Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, t. 88.). Vidjeti također, u okviru čitanja *a contrario*, presudu Tecom Mican i Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, t. 35.).

********** Prema definiciji iz rječnika *Le Petit Robert*, 2014.

********** Prema definicijama iz rječnika Larousse.fr

********** Vidjeti osobito španjolsku verziju, čiji članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. Direktive 2004/18 glasi kako slijedi: „cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [u nedostatku te potvrde], simplemente mediante una declaración del operador económico” (moje isticanje). U talijanskoj verziji također se navodi „in mancaza di tale attestazione”. Naposljetku, u njemačkoj verziji zakonodavac Unije predviđa situaciju u kojoj „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist”. Verzija na grčkom jeziku još je jasnija, jer se njome predviđa „nemogućnost” dostavljanja potvrde kupca. „εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [ako to nije moguće], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα” (moje isticanje).

48. Ta se mogućnost provjere za javnog naručitelja tim više nameće jer je Sud već presudio da je na temelju načela jednakosti postupanja i obveze transparentnosti koja iz njega proistječe, a kojima su javni naručitelji obvezani na temelju članka 2. Direktive 2004/18, javni naručitelj „obvezan strogo se pridržavati kriterija koje je sam postavio, pri čemu bi bio obvezan isključiti iz ugovora gospodarski subjekt koji nije podnio ispravu ili informaciju čije je podnošenje bilo naloženo u ugovornim dokumentima pod prijetnjom isključenja” **********.

49. Međutim, kako to ističe Komisija u svojim pisanim očitovanjima, taj dodatni zahtjev mora biti u skladu s načelom proporcionalnosti.

50. To, s jedne strane, znači da pribjegavanje izjavi gospodarskog subjekta ne može biti ograničeno samo na slučaj apsolutne nemogućnosti ishođenja potvrde kupca (primjerice u slučaju stečaja kupca). Dovoljna može biti prepreka ishođenju te potvrde, kao što je činjenica da je kupac bez obrazloženja odbio izdati tu potvrdu ili da je za potvrdu tražio financijsku naknadu. S druge strane, dokaz o toj nemogućnosti mora biti ocijenjen *in concreto*. Dakle, ako u slučaju stečaja može biti zatraženo podnošenje službenog dokumenta, jednostavna prepiska ili izostanak odgovora (koji se, primjerice, može dokazati jednim ili nekoliko podsjetnika) mogu biti dostatni za dokazivanje manjka dobre volje kupca.

51. Zaključno, smatram da se članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. druga alineja Direktive 2004/18/EZ ne protivi primjeni pravilâ koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se gospodarskom subjektu ne dopušta dokazivanje tehničkih sposobnosti izjavom koju je potpisao taj isti subjekt, osim ako dokaže nemogućnost ili ozbiljnu poteškoću za dobivanje izjave od privatnog kupca.

C – *Treće prethodno pitanje*

52. Sud koji je uputio zahtjev svojim trećim pitanjem pita treba li članak 48. stavak 2. točku (a) podtočku ii. drugu alineju Direktive 2004/18 tumačiti na način da se protivi primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se pod prijetnjom isključenja zahtijeva da izjava privatnog kupca sadržava potvrdu koju je potpisao javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo.

53. Nedoumica suda koji je uputio zahtjev proizlazi iz teksta članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18 u verziji na portugalskom jeziku. Naime, u tekstu se navodi „declaração *reconhecida* do adquirente” **********, što znači „priznata” ili „ovjerena” potvrda. U drugim jezičnim verzijama takav se pridjev ne navodi u tekstu članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje te direktive.

54. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, formulacija korištena u jednoj od jezičnih verzija neke odredbe prava Unije ne može služiti kao jedini temelj za tumačenje te odredbe ili imati prednost u odnosu na ostale jezične verzije. Odredbe prava Unije moraju se tumačiti i primjenjivati ujednačeno, s obzirom na ostale verzije sastavljene na svim jezicima Unije. U slučaju nepodudarnosti između različitih jezičnih verzija nekog teksta prava Unije predmetna odredba mora se tumačiti s obzirom na opću strukturu i svrhu propisa kojeg je ona dio **********.

********** Presuda Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 42.). Vidjeti također t. 43. te presude za upućivanje na načela jednakosti postupanja i transparentnosti kao i članak 2. Direktive 2004/18.

********** Moje isticanje

********** Vidjeti u tom smislu presudu Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, t. 35. i navedenu sudsku praksu).

55. Međutim, to načelo jezične jednakosti ne može spriječiti Sud da odbaci jezičnu verziju teksta koja je suprotna uobičajenom smislu koji sadrže ostale jezične verzije na temelju kontekstualnog i/ili teleološkog tumačenja tog teksta**********.

56. U ovom slučaju uobičajeni smisao izraza upotrijebljenog u drugim jezičnim verzijama sam po sebi ne omogućuje dobivanje odgovora na postavljeno prethodno pitanje bez ikakve sumnje. Međutim, s obzirom na kontekst članka 48. Direktive 2004/18 i njegove izmjene, kao i njegovo teleološko tumačenje, zadržavam tumačenje prema kojemu se člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18 ne zahtijeva da dostavljena potvrda privatnog kupca sadržava potpis koji je ovjerio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo.

1. Tekst članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18

57. Ako usporedimo različite jezične verzije članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18, čini se da se pridjev „reconhecida” („priznata” ili „ovjerena”) pojavljuje samo u portugalskoj verziji; riječ je također o jedinoj jezičnoj verziji koja upotrebljava taj isti izraz za dva predviđena načina dokazivanja.

58. U drugim jezičnim verzijama riječ „izjava” upotrebljava se za drugu mogućnost (izjavu gospodarskog subjekta), dok je za prvu mogućnost predviđena „potvrda” isporuka ili usluga koju izdaje kupac. Tako, između ostalog, u španjolskoj, njemačkoj, engleskoj ili francuskoj verziji nalazimo izraze „certificado” i „declaración”, „Bescheinigung” i „Erklärung”, „certification” i „declaration”, „certification” i „déclaration”**********.

59. Činjenica jest da svaka od mogućnosti predviđenih člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18 može upućivati na namjeru zakonodavca Unije da razlikuje teret dokazivanja povezan s tim mogućnostima. Razlika između izrazâ „potvrda” i „izjava” podrazumijeva veću formalnost prve mogućnosti. To je tumačenje potvrđeno tekstom odredbe u portugalskoj verziji, u kojoj se izraz „izjava” upotrebljava u oba slučaja, ali mu se samo u prvom slučaju pridružuje pridjev „priznata” ili „ovjerena”.

60. Međutim, ne mogu u cijelosti zanemariti činjenicu da je člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18 dopušteno dokazivanje pružanja usluga na koje se poziva gospodarski subjekt podnošenjem potvrde *kupca*, pri čemu se ne upućuje ni na kakav službeni dokument ili na intervenciju trećih osoba. S obzirom na takvu nepreciznost, uobičajeni smisao riječi „potvrda” znači samo činjenicu da je nešto zajamčeno u pisanom obliku**********.

61. Stoga moram utvrditi da doslovna analiza predmetne odredbe sama po sebi ne dopušta njezino tumačenje s potrebnim stupnjem sigurnosti.

********** Vidjeti u tom smislu Lenaerts K. i Guttiérrez-Fons J. A., „To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, 2014., 20th Anniversary Issue, str. 3. do 61., posebno str. 14. i autore citirane u bilješci na stranici 78.

********** Istaknimo da se u slovačkoj verziji upotrebljavaju izrazi „potvrdením”, što se prije može prevesti kao „potvrda” nego „ovjera”, te „vyhlásením”.

********** Prema rječniku *Le Petit Robert*, 2014., potvrda je ponajprije pravni izraz koji znači „jamstvo dano u pisanom obliku”. Prema internetskom rječniku *Real Academia Española*, u španjolskom jeziku riječ „certificado” upućuje na izraz „certificación”, koji se može definirati kao dokument kojim je zajamčena istinitost neke činjenice.

2. Sustavno tumačenje članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18

62. Kao prvo, iz ustaljene sudske prakse Suda proizlazi da je člankom 48. Direktive 2004/18 utvrđen zatvoreni sustav kojim se ograničavaju načini ocjenjivanja i provjere kojima raspolažu javni naručitelji, a prema tome i *njihove mogućnosti da utvrde zahtjeve*[**********].

63. Osim toga, Sud je utvrdio da čak i u okviru otvorenog sustava (kao što je onaj predviđen člankom 47. stavkom 4. Direktive 2004/18 u pogledu ekonomske i financijske sposobnosti kandidata) sloboda kojom raspolažu javni naručitelji nije neograničena, a odabrani elementi moraju biti „objektivno takvi da omogućuju uvid u te sposobnosti bez prekoračenja onoga što je razumno nužno u tu svrhu”[**********].

64. Drukčije ne vrijedi, *a fortiori*, niti za zahtjeve predviđene zatvorenim sustavom dokazivanja iz članka 48. Direktive 2004/18. Čini mi se da obveza pribavljanja ovjerenog potpisa privatnog kupca koji potvrđuje isporuku ili pružanje usluge gospodarskog subjekta koji je ponuditelj u okviru postupka javne nabave nadilazi ono što je nužno za dokazivanje tehničke sposobnosti predmetnog gospodarskog subjekta te da je pretjerano formalno u odnosu na običnu izjavu gospodarskog subjekta, koja je podredni način dokazivanja dopušten člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18.

65. Ako javni naručitelj sumnja u istinitost dokumenta koji mu je dostavljen, također može, po mojem mišljenju, zatražiti dodatne informacije koje mogu dokazati vjerodostojnost dostavljene potvrde. Unutar kontekstualne analize valja imati na umu da je člankom 45. stavkom 2. točkom (g) Direktive 2004/18 dopušteno isključenje gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u ugovoru ako je taj gospodarski subjekt „kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka”.

66. Nadalje, razvoj mjerodavnih propisa također govori u prilog neformalnom tumačenju potrebne potvrde.

67. Ideja na kojoj se temelji članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. druga alineja Direktive 2004/18 bila je prisutna već u Direktivi 92/50, ali je drukčije formulirana. U skladu s člankom 32. stavkom 2. točkom (b) drugom alinejom Direktive 92/50, uslugu na koju se poziva gospodarski subjekt radi dokazivanja tehničke sposobnosti „mora potvrditi *kupac*”[**********]. [neslužbeni prijevod]

68. Ako glagol „potvrditi” sadrži ideju „potvrde”, čini se da je nepostojanje bilo kakve intervencije treće institucionalne osobe još jasnije, jer je naglasak jasno stavljen na djelovanje kupca, to jest kupac je taj koji mora potvrditi pružanje usluge.

69. Osim toga, također se može utvrditi da se već u portugalskoj verziji Direktive 92/50 upotrebljavao izraz „declaração” za obje mogućnosti dokazivanja, no za prvu se mogućnost nije upotrebljavao nikakav pridjev.

70. Tekst članka 32. stavka 2. Direktive 92/50 prvotno nije izmijenjen u Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (COM(2000) 275 *final*)[**********], iz kojeg je proizašao članak 48. stavak 2. Direktive 2004/18.

[**********] Vidjeti u tom smislu presudu Édukövízig i Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, t. 28.).

[**********] Presuda Édukövízig i Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, t. 29.)

[**********] Moje isticanje

[**********] SL C 29 E, 2001., str. 11. Vidjeti članak 49. stavak 3. Prijedloga.

71. Tek nakon uvođenja izmjena Europskog parlamenta koje se s jedne strane odnose na sudjelovanje grupacija gospodarskih subjekta, a s druge strane na pitanja u pogledu zaštite okoliša i zdravlja kao i sigurnosti putnika, članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. druga alineja Direktive 2004/18 sastavljen je u sadašnjem obliku **********.

72. Stoga se ne može prihvatiti argument o izmjeni teksta sporne odredbe, jer razmatranja koja su dovela do te promjene nisu povezana s namjerom zakonodavca da poveća stupanj formalnosti postupka dokazivanja povezan s potvrdom kupca o uslugama koje je pružio gospodarski subjekt.

73. S druge strane, Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18 ********** ide još dalje u smislu smanjenja formalnosti dokaza i ne sadržava nikakva upućivanja na bilo kakvu potvrdu kupca.

74. Tako je člankom 60. stavkom 4. te direktive, koji zamjenjuje članak 48. stavak 2. Direktive 2004/18, predviđeno samo da se „dokaz o tehničkim sposobnostima gospodarskih subjekata može [...] pružiti jednim ili više sredstava navedenih u Prilogu XII., dijelu II., u skladu s prirodom, količinom ili važnosti, i namjenom radova, robe ili usluga”.

75. U skladu s tim Prilogom XII., dijelom II. točkom (a) podtočkom ii. Direktive 2014/24, sredstva za dokazivanje tehničke sposobnosti gospodarskih subjekata jesu „popis glavnih izvršenih isporuka ili glavnih usluga pruženih u najviše posljednje tri godine, s iznosima, datumima i primateljima, bilo javnim ili privatnim. Ako je to potrebno kako bi se osigurala odgovarajuća razina tržišnog natjecanja, javni naručitelji mogu naznačiti da će u obzir biti uzete relevantne izvršene isporuke ili pružene usluge prije više od tri godine”. Dakle, uklonjena je potreba da se taj popis priloži potvrdi kupca.

76. Čak i ako Direktiva 2014/24 nije primjenjiva u glavnom postupku, ta nova direktiva, kojom se stavlja izvan snage Direktiva 2004/18, korisna je jer iz nje proizlazi trenutačna namjera zakonodavca Unije. Ta nam direktiva može pomoći u tumačenju smisla prethodne slične odredbe, pod uvjetom da ne ide *contra legem*.

77. U ovom mi se slučaju čini da Direktiva 92/50 i Direktiva 2014/24 potvrđuju nastavak namjere zakonodavca Unije da s dokazom tehničke sposobnosti gospodarskog subjekta ne povezuje nikakav poseban stupanj formalnosti, pri čemu nisu protivne tekstu primjenjive odredbe.

78. Drugim riječima, ako ga sagledamo u njegovu kontekstu i s povijesnog gledišta, člankom 48. stavkom 2. točkom (a) podtočkom ii. drugom alinejom Direktive 2004/18 zahtijeva se samo uvjerenje ili potvrda kupca da pružanje usluga na koje se poziva gospodarski subjekt u svrhu sklapanja ugovora odgovara stvarnom stanju.

3. Teleološko tumačenje članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18

79. Takvo tumačenje također je u skladu sa svrhom Direktive 2004/18, a to je omogućavanje slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga kao i, u općenitijem smislu, otvaranje javne nabave natjecanju **********.

80. Čini mi se da podređivanje prihvaćanja potvrde kupca ovjeri javnog bilježnika, odvjetnika ili drugog ovlaštenog tijela može biti protivno tom cilju.

********** Vidjeti izmijenjeni Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (COM(2002) 236 *final*, SL C 203 E, 2002., str. 210., posebno str. 223. i 224.)

********** SL L 94, str. 65.

********** Vidjeti uvodnu izjavu 2. Direktive 2004/18.

81. Takav zahtjev mogao bi odvratiti određene moguće kandidate koji bi u slučaju praktičnih poteškoća u ispunjavanju tog dodatnog uvjeta (primjerice, zbog rokova utvrđenih u pozivu na nadmetanje) mogli odustati od podnošenja ponude.

4. Zaključak o trećem prethodnom pitanju

82. Zaključno, smatram da kontekstualno i teleološko tumačenje članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke 2. druge alineje Direktive 2004/18 potvrđuju uobičajeni smisao koji se povezuje s izrazom „potvrda”, koji je sadržan u tom članku te da nije potrebno donositi zaključke na temelju dodavanja riječi „reconhecida” u portugalskoj verziji.

83. Kontekst članka 48. stavka 2. točke (a) podtočke ii. druge alineje Direktive 2004/18 i njegov razvoj, kao i njegovo teleološko tumačenje, vode do zaključka da je potrebno usvojiti tumačenje prema kojemu riječ „potvrda” ili izraz „ovjerena izjava” koji se upotrebljavaju u portugalskoj verziji ne podrazumijevaju određeni stupanj formalnosti.

84. Slijedom toga, smatram da se članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. druga alineja Direktive 2004/18/EZ protivi primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se pod prijetnjom isključenja zahtijeva da potvrda privatnog kupca sadržava potpis koji je ovjerio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo.

VI – Zaključak

85. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je postavio Tribunal Central Administrativo Sul (Središnji upravni sud Jug) odgovori na sljedeći način:

„1. Članak 48. stavak 2. točku (a) podtočku ii. drugu alineju Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama treba tumačiti na način da se njime, ako ne postoji prijenos u nacionalno pravo, pojedincima mogu dodjeljivati prava na koja se oni mogu pozivati protiv javnih naručitelja u okviru sporova pokrenutih pred nacionalnim sudovima, pod uvjetom da predmetni javni naručitelj odgovara pojmu države u smislu sudske prakse Suda.

2. Članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. druga alineja Direktive 2004/18/EZ ne protivi se primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se gospodarskom subjektu ne dopušta dokazivanje tehničkih sposobnosti izjavom koju je potpisao taj isti subjekt, osim ako dokaže nemogućnost ili ozbiljnu poteškoću za dobivanje potvrde od privatnog kupca.

3. Članak 48. stavak 2. točka (a) podtočka ii. druga alineja Direktive 2004/18 protivi se primjeni pravila koja je utvrdio javni naručitelj, a kojima se pod prijetnjom isključenja zahtijeva da potvrda privatnog kupca sadržava potpis koji je ovjerio javni bilježnik, odvjetnik ili drugo ovlašteno tijelo.”