Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 11. svibnja 2023.[1]

Predmet C-66/22

Infraestruturas de Portugal, S. A.,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A.
protiv
Toscca – Equipamentos de Madeira Ld[a],
uz sudjelovanje:
Mota-Engil Railway Engineering, SA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Supremo Tribunal Administrativo (Visoki upravni sud, Portugal))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2014/24/EU – Javna nabava – Fakultativne osnove za isključenje – Članak 57. stavak 4. točka (d) – Isključenje gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave – Sankcija izrečena zbog praksi kojima se ograničava tržišno natjecanje – Automatsko isključenje na temelju ranije odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja – Mogućnost javnog naručitelja da ocijeni postoji li osnova za isključenje – Članak 57. stavak 6. – Ponuditeljeva prikladnost i pouzdanost – Obrazloženje – Prakse kojima se ograničava tržišno natjecanje utvrđena u samom postupku javne nabave”

1. U prethodnom postupku Sud treba tumačiti članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24/EU[2] na temelju kojeg javni naručitelji gospodarski subjekt mogu isključiti iz sudjelovanja u postupku javne nabave ako je taj subjekt sklopio sporazume s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj ograničavanje tržišnog natjecanja.

2. Zahtjev za prethodnu odluku upućen je u okviru spora koji se odnosi na dodjelu ugovora poduzetniku koji je ranije sankcioniran jer se udružio s drugim poduzetnicima radi postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje (sporazumi o cijenama i podjeli tržišta).

[1] Izvorni jezik: španjolski

[2] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68., SL 2016., L 311, str. 26. i SL 2020., L 406, str. 67.)

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2014/24

3. Člankom 56. („Opća načela”) propisuje se:

„1. Ugovori se dodjeljuju na temelju kriterija utvrđenih u skladu s člancima od 67. do 69., pod uvjetom da je javni naručitelj u skladu s člancima od 59. do 61. provjerio da su ispunjeni svi sljedeći uvjeti:

[…]

(b) ponuda dolazi od ponuditelja koji nije isključen u skladu s člankom 57. […]”.

4. U članku 57. („Osnove za isključenje”) navodi se:

„[…]

4. Javni naručitelji mogu isključiti ili države članice mogu od njih zahtijevati da isključe iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt u bilo kojoj od sljedećih situacija:

[…]

(c) ako javni naručitelj može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet;

(d) ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da zaključi da je gospodarski subjekt sklopio sporazume s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja;

[…]

5. […]

Javni naručitelji mogu u bilo koje vrijeme tijekom postupka isključiti ili države članice mogu od njih zahtijevati da isključe gospodarski subjekt ako se pokaže da se gospodarski subjekt, s obzirom na djela počinjena ili propuštena bilo prije ili tijekom postupka, nalazi u nekoj od situacija iz stavka 4.

6. Svaki gospodarski subjekt koji se nalazi u nekoj od situacija iz stavaka 1. i 4. može pružiti dokaze kako bi dokazao da su mjere koje je poduzeo dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost bez obzira na postojanje nekog relevantnog razloga za isključenje. Ako se takav dokaz smatra dovoljnim, dotični gospodarski subjekt neće biti isključen iz postupka nabave.

U tu svrhu gospodarski subjekt dokazuje da je platio ili preuzeo obvezu plaćanja naknade bilo kakve moguće štete prouzročene kaznenim djelom ili propustom, da je u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti uz aktivnu suradnju s tijelima nadležnima za provedbu istrage te da je

poduzeo konkretne mjere tehničke i organizacijske prirode te mjere za osoblje primjerene za sprječavanje daljnjih kaznenih djela ili propusta.

Mjere koje poduzimaju gospodarski subjekti ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti kaznenog djela ili propusta. Ako se smatra da su mjere nedostatne, gospodarski subjekt prima izjavu o razlozima takve odluke.

Gospodarski subjekt koji je pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupku nabave ili dodjele koncesija nema pravo korištenja mogućnosti iz ovog stavka tijekom razdoblja isključenja koje je proizašlo iz takve presude u državi članici u kojoj je presuda na snazi.

7. Države članice, uzimajući u obzir pravo Unije, određuju provedbene uvjete za ovaj članak zakonima i drugim propisima. One posebno utvrđuju maksimalno razdoblje isključenja ako gospodarski subjekt nije poduzeo nikakve mjere navedene u stavku 6. kako bi dokazao svoju pouzdanost. Ako razdoblje isključenja nije utvrđeno pravomoćnom presudom, to razdoblje ne može trajati dulje od pet godina od datuma izricanja pravomoćne osuđujuće presude u slučajevima iz stavka 1. i tri godine od datuma relevantnog događaja u slučajevima iz stavka 4.”.

2. Direktiva 2014/25/EU[3]

5. U skladu s člankom 80. („Primjena osnova za isključenje i kriterija za odabir predviđenih Direktivom 2014/24/EU”):

„1. Objektivna pravila i kriteriji za isključenje i odabir gospodarskih subjekata koji zahtijevaju kvalifikaciju u kvalifikacijskom sustavu i objektivna pravila za isključenje te odabir natjecatelja i ponuda u otvorenim, ograničenim ili pregovaračkim postupcima, u natjecateljskim dijalozima ili partnerstvima za inovacije mogu obuhvaćati osnove za isključenje iz članka 57. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima koji su tamo navedeni.

Ako je naručitelj javni naručitelj, ti kriteriji i pravila uključuju osnove za isključenje iz članka 57. stavaka 1. i 2. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima navedenima u tom članku.

Ako to traže države članice, ti kriteriji i pravila dodatno obuhvaćaju osnove za isključenje iz članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima navedenima u tom članku.

[…]”.

[3] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.)

B. Portugalsko pravo

1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos[4]

6. Članak 55. („Zabrane sklapanja ugovora”) glasi:

„Natjecatelj, ponuditelj ili dio skupine ne može biti subjekt:

[…]

(c) kojem je izrečena sankcija zbog teškog profesionalnog propusta i koji u međuvremenu nije rehabilitiran (kad je riječ o fizičkim osobama) ili čijim je upravnim, upravljačkim ili rukovoditeljskim tijelima društva izrečena takva upravna sankcija, a oni izvršavaju svoje funkcije (kad je riječ o pravnim osobama).

[…]

(f) kojem je izrečena dodatna sankcija zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave predviđena posebnim zakonodavstvom, osobito u pravilima o sankcioniranju u području […] tržišnog natjecanja […] u razdoblju utvrđenom u odluci o kazni”.

7. Člankom 70. („Ocjena ponuda”) stavkom 2. utvrđuje se:

„2. – Ponude se isključuju ako njihova ocjena pokaže:

[…]

(g) da postoje ozbiljnih indicije postupanja, sporazuma, djelovanja ili informacija koje bi mogle dovesti do narušavanja pravila tržišnog natjecanja.”

2. Lei n.º 19/2012 da Concorrência (Zakon o tržišnom natjecanju)[5]

8. Člankom 71. („Dodatne sankcije”) stavkom 1. točkom (b) predviđa se da Autoridade de Concorrência (Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, Portugal; u daljnjem tekstu: AC) može, ako težina povrede i krivnja njezina počinitelja to opravdavaju, zajedno s novčanom kaznom izreći dodatnu sankciju oduzimanja prava na sudjelovanje u određenim postupcima javne nabave, pod uvjetom da je do postupanja koje čini povredu za koju se može izreći novčana kazna došlo tijekom ili zbog postupka o kojem je riječ.

[4] Uredba sa zakonskom snagom br. 18/2008, Zakonik o javnoj nabavi; u daljnjem tekstu: ZJN (Diário da República br. 20/2008, svezak I., od 29. siječnja 2008.), u verziji koja je na snazi nakon reforme provedene Decreto-leiem n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (Uredba sa zakonskom snagom br. 111-B/2017 od 31. kolovoza; u daljnjem tekstu Uredba sa zakonskom snagom br. 111-B/2017) (Diário da República br. 168/2017, dodatak br. 2, svezak I., od 31. kolovoza 2017.).

[5] Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência (Zakon br. 19/2012 od 8. svibnja kojim se uspostavlja novo pravno uređenje za tržišno natjecanje) (Diário da República, svezak I., br. 89 od 8. svibnja 2012,).

II. Činjenice, spor i prethodna pitanja

9. Infraestruturas de Portugal, S. A (u daljnjem tekstu: Infraestruturas) pokrenuo je 18. siječnja 2019. postupak dodjele ugovora o javnoj nabavi vijaka i pragova od borova drveta koji su tretirani kreozotom, po osnovnoj cijeni od 2 979 200 eura [6].

10. Društva Toscca – Equipamentos de Madeira, Lda. (u daljnjem tekstu: Toscca) i Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S. A. (u daljnjem tekstu: Futrifer) sudjelovali su u postupku u kojem je svako od tih društava podnijelo vlastitu ponudu.

11. AC je 12. lipnja 2019. izrekao Futriferu novčanu kaznu zato što je u okviru određenih postupaka javne nabave [7] 2014. i 2015. [8] povrijedio pravna pravila o zaštiti tržišnog natjecanja.

12. Konkretno, AC je smatrao da su se Futrifer i drugi poduzetnici iz sektora udružili kako bi utvrdili cijene i podijelili tržište usluga održavanja željezničke mreže, čime su povrijedili članak 9. stavak 1. Zakona br. 19/2012 i članak 101. stavak 1. UFEU-a.

13. AC je u svojoj odluci smatrao da, s obzirom na okolnosti predmeta i prijedlog nagodbe koji je iznio Futrifer, nije potrebno izreći mu dodatnu sankciju zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi, predviđenu člankom 71. stavkom 1. točkom (b) Zakona br. 19/2012 [9].

14. Infraestruturas je 27. srpnja 2019. dodijelio sporni ugovor Futriferu.

15. Toscca je tu odluku pobijala pred Tribunalom administrativo e fiscal de Viseu (Upravni i porezni sud u Viseuu, Portugal). Zahtijevala je da se poništi odluka o dodjeli ugovora o javnoj nabavi, da se isključi ponuda koju je podnio Futrifer i da se ugovor dodijeli njoj. U prilog svojoj tužbi pozvala se konkretno na odluku o izricanju sankcije koju je AC donio protiv Futrifera.

16. Prvostupanjski je sud odbio Tosccinu tužbu jer je tumačio da se članak 70. stavak 2. točka (g) ZJN-a primjenjuje samo kad se indicije o narušavanju tržišnog natjecanja provjeravaju u postupku koji je predmet spora.

17. Toscca je protiv presude Tribunala administrativo e fiscal de Viseu (Upravni i porezni sud u Viseuu) podnijela žalbu Tribunalu central administrativo norte (Središnji upravni sud za sjever, Portugal). Budući da je smatrao da je tumačenje članka 70. stavka 2. točke (g) ZJN-a izneseno u prvostupanjskom postupku pogrešno, potonji je sud svojom presudom od 29. svibnja 2020. ukinuo pobijanu presudu i Infraestruturasu naložio da ugovor dodijeli Toscci.

18. Infraestruturas i Futrifer pobijali su presudu donesenu u žalbenom postupku pred Supremo Tribunalom Administrativo (Visoki upravni sud, Portugal), koji ju je ukinuo zbog nepostojanja obrazloženja te je naložio da se predmet vrati na ponovno odlučivanje Tribunalu central administrativo norte (Središnji upravni sud za sjever).

[6] Postupak br. 2019/S 015-030671, objavljen u dodatku *Službenog lista Europske unije* (SLEU) od 22. siječnja 2019. (SL 2019., S 15, str. 1.)

[7] Bila je riječ o postupcima koje je pokrenulo javno poduzeće radi dodjele ugovora o javnoj nabavi usluga održavanja opreme i pruga portugalske željezničke mreže.

[8] Spis br. PRC/2016/6. Kad je riječ o Futriferu, riječ je o „Konačnoj odluci u postupku nagodbe (verzija koja nije povjerljiva)".

[9] Točka 231. i sljedeće točke odluke od 12. lipnja 2019.

19. Tribunal central administrativo norte (Središnji upravni sud za sjever) donio je 2. lipnja 2021. presudu u kojoj je ponovno ukinuo prvostupanjsku presudu i Infraestruturasu naložio da ugovor dodijeli Toscci.

20. Infraestruturas i Futrifer podnijeli su protiv presude od 2. lipnja 2021. žalbu Supremo Tribunalu Administrativo (Visoki upravni sud), koji Sudu upućuje sljedeća prethodna pitanja:

„1. Je li osnova za isključenje predviđena člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24 područje o kojem treba odlučivati [*reserva de decisão*] javni naručitelj?

2. Može li nacionalni zakonodavac u potpunosti zamijeniti odluku koju treba donijeti javni naručitelj u skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24/EU generičkom odlukom (zbog učinaka odluke) Tijela za zaštitu tržišnog natjecanja o primjeni dodatne sankcije koja se sastoji od zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave u određenom razdoblju, koja je donesena u okviru izricanja novčane kazne zbog povrede pravilâ tržišnog natjecanja?

3. Treba li odluku javnog naručitelja o ‚pouzdanosti' gospodarskog subjekta s obzirom na poštovanje (ili nepoštovanje) pravila prava tržišnog natjecanja neovisno o konkretnom postupku javne nabave tumačiti na način da je potrebna obrazložena ocjena prikladnosti navedenog gospodarskog subjekta, koja predstavlja konkretan odraz prava na dobru upravu, predviđenog člankom 41. stavkom 2. točkom (c) Povelje Europske unije o temeljnim pravima?

4. Može li se smatrati usklađenim s pravom Unije i, konkretno, člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24/EU rješenje koje se primjenjuje u portugalskom pravu u članku 55. stavku 1. točki (f) ZJN-a, kojim se isključenje gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave koje se temelji na povredi pravila tržišnog natjecanja počinjenoj izvan konkretnog postupka javne nabave uvjetuje odlukom Tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u okviru primjene dodatne sankcije koja se sastoji od zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi, ako u navedenom postupku prikladnost donesenih korektivnih mjera u tom kontekstu ocjenjuje sâmo Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja?

5. Je li usklađeno s pravom Unije i, konkretno, člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24/EU i rješenje koje se primjenjuje u portugalskom pravu u članku 70. stavku 2. točki (g) ZJN-a, kojim se ograničava mogućnost isključenja ponude zbog postojanja ozbiljnih indicija o postupanjima, sporazumima, djelovanjima ili informacijama koje bi mogle dovesti do narušavanja pravila tržišnog natjecanja u konkretnom postupku javne nabave u kojem su ta djelovanja utvrđena?"

III. Postupak pred Sudom

21. Tajništvo Suda zahtjev za prethodnu odluku zaprimilo je 2. veljače 2022.

22. Pisana očitovanja podnijeli su Futrifer, Toscca, češka, mađarska i portugalska vlada te Europska komisija.

23. Sve su stranke osim češke i mađarske vlade sudjelovale na raspravi održanoj 7. ožujka 2023.

IV. Ocjena

A. Uvodne napomene

1. Mjerodavna direktiva

24. Sud koji je uputio zahtjev traži samo tumačenje Direktive 2014/24, a pritom ne upućuje na Direktivu 2014/25. Potonjom se direktivom uređuju ugovori o javnoj nabavi koje dodjeljuju javni naručitelji koji posluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i *prometnom* sektoru te sektoru poštanskih usluga.

25. Predmet ugovora o čijoj je dodjeli riječ nabava je dijelova infrastrukture u željezničkom sektoru, odnosno u prometnom sektoru. Intervenijenti na raspravi jednoglasno su na pitanja Suda odgovorili da je taj ugovor obuhvaćen područjem Direktive 2014/25, koja se posebno primjenjuje na „pružanje mreža ili upravljanje mrežama koje pružaju uslugu javnosti u području prijevoza željeznicom” (članak 11.).

26. U svakom slučaju, na sudu koji je uputio zahtjev jest da utvrdi je li sporni ugovor, s obzirom na njegove odredbe, uređen Direktivom 2014/24 ili Direktivom 2014/25, na što sve, kako se čini, upućuje.

27. Točno je da primjena prve ili druge direktive u praksi nema znatno drukčiji utjecaj na sporno pitanje: čak i ako bi bila primjenjiva Direktiva 2014/25, u njezinu se članku 80. upućuje na „osnove za isključenje iz članka 57. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima koji su tamo navedeni” [10].

28. Međutim, primjena Direktive 2014/25 mogla bi imati određene posljedice na (spornu) „mogućnost” država članica da u svoje nacionalno pravo uključe fakultativne osnove za isključenje, kao što to objašnjavam u nastavku [11].

29. Nakon što sam iznio ove napomene, u nastavku ću razmotriti članak 57. Direktive 2014/24.

2. Prijenos članka 57. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24 u portugalsko pravo

30. Komisijina pisana očitovanja potaknula su raspravu, koja se nastavila tijekom rasprave, o margini prosudbe kojom države članice raspolažu u pogledu odluke da ne prenesu fakultativne osnove za isključenje iz članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24.

31. Komisija svoj argument objašnjava na sljedeći način:

– U članku 57. stavku 4., kao i u uvodnoj izjavi 101. Direktive 2014/24 ističe se zakonodavčeva namjera da državama članicama ne ostavi slobodu izbora hoće li prenijeti devet osnova za isključenje koje se u njoj navode. Tu mogućnost imaju javni naručitelji, osim ako ih države članice ne obvežu da primijene te osnove. Države članice ne mogu pak izbjeći prenošenje neke od tih osnova ili više njih.

[10] Vidjeti po analogiji presudu od 10. studenoga 2022., Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, t. 39. i 40.).

[11] Točka 46. ovog mišljenja

– U portugalsko pravo nije prenesena fakultativna osnova za isključenje koja se odnosi na postojanje sporazuma s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja.

32. Problem koji iznosi Komisija mogao bi se razmatrati u predmetnom prethodnom postupku ako bi druga od navedenih tvrdnji bila točna: ako određena fakultativna osnova za isključenje nije prenesena u nacionalno pravo, trebalo bi razmotriti jesu li potrebne izmjene ili čak ispravci dosad utvrđene [12] sudske prakse Suda u pogledu mogućnosti država članica da odluče hoće li prenijeti tu kategoriju osnova za isključenje.

33. Iz razloga koje navodim u nastavku smatram da druga Komisijina tvrdnja (koju podupiru neka od pisanih očitovanja podnesenih u prethodnom postupku) ne odgovara stvarnosti.

34. ZJN je Uredbom sa zakonskom snagom br. 111-B/2017 izmijenjen radi prenošenja direktiva 2014/24 i 2014/25. U njegovu članku 1. portugalski zakonodavac izričito navodi da se njime „prenose", među ostalim, direktiva 2014/24 i 2014/25 [13].

35. Osnove za isključenje („Zabrane sklapanja ugovora") u novoj se verziji ZJN-a navode u članku 55. stavku 1. točkama (a) do (l), a one se, uz određena pojašnjenja, podudaraju s pripadajućim osnovama iz članka 57. stavaka 1. i 4. Direktive 2014/24.

36. Kad je riječ o spornoj osnovi za isključenje, ona se u članku 55. stavku 1. točki (f) ZJN-a navodi na sljedeći način: „natjecatelj ne može biti […] subjekt kojem je izrečena dodatna sankcija zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave predviđena posebnim zakonodavstvom, osobito u pravilima o sankcioniranju u području […] tržišnog natjecanja […] u razdoblju utvrđenom u odluci o kazni".

37. Osim toga, ZJN sadržava i drugu odredbu (članak 70. stavak 2. točku (g)) kojom se propisuje isključenje ponude čijom se ocjenom utvrdi „da postoje ozbiljne indicije postupanja, sporazuma, djelovanja ili informacija koje bi mogle dovesti do narušavanja pravila tržišnog natjecanja" [14].

38. S obzirom na te dvije odredbe, teško mi je razumjeti neke od tvrdnji iz pisanih očitovanja Futrifera i same portugalske vlade (njezine su tvrdnje iznesene nejasno, a na raspravi ih nije razjasnila) [15] koje se odnose na neprenošenje članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24 u ZJN.

[12] Glavna teza iz presuda od 19. lipnja 2019., Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, t. 33.; u daljnjem tekstu: presuda Meca) i od 30. siječnja 2020., Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, t. 34.), potvrđuje se u presudi od 3. lipnja 2021., Rad Service i dr. (C-210/20, EU:C:2021:445, t. 28.), na sljedeći način: „[…] u skladu s člankom 57. stavcima 4. i 7. Direktive 2014/24, države članice imaju mogućnost ne primijeniti fakultativne osnove za isključenje koje su u njemu navedene ili ih uključiti u nacionalne propise sa stupnjem strogosti koji može biti različit u svakom pojedinom slučaju, ovisno o okolnostima pravnog poretka, gospodarskim ili socijalnim okolnostima koje prevladavaju na nacionalnoj razini".

[13] Za ovaj predmet nije relevantna činjenica da Uredbom sa zakonskom snagom br. 111-B/2017 neke odredbe ZJN-a koje su prethodno bile na snazi nisu izmijenjene.

[14] Na tu se odredbu poziva Toscca u svojim pisanim očitovanjima kako bi tvrdila da je „portugalski zakonodavac *prenio* članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24 i *pritom zadržao* tekst članka 70. stavka 2. točke (g) ZJNa (aktualna verzija proizlazi iz reforme provedene 2017.)". Moje isticanje.

[15] Točke 80. do 84. njezinih pisanih očitovanja. Ako se tumače u vezi s prethodnim točkama, u biti pokazuju da je portugalski zakonodavac člankom 70. ZJN-a, u vezi s njegovim člankom 55. stavkom 1. točkom (f), uključio spornu osnovu za isključenje. Portugalska vlada to potpuno jasno navodi u točki 71. svojih pisanih očitovanja: „odredbe članka 55. stavka 1. točke (f) i članka 70. stavka 2. točke (g) ZJN-a u potpunosti su u skladu s odredbama Direktive 2014/24, konkretno, s njezinim člankom 57. stavkom 4. točkom (d)".

39. Naime, tumačenje tih dviju odredbi ZJN-a pokazuje, prema mojem mišljenju, da je portugalski zakonodavac nedvojbeno želio u svoj pravni poredak uključiti (ili zadržati) [16] odredbu iz članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24. Cilj te direktive, kao i dviju navedenih nacionalnih odredbi, borba je protiv sporazuma s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja, koja se provodi u području javne nabave.

40. Druga je stvar je li portugalski zakonodavac, prilikom uređenja te osnove za isključenje na način na koji ju je uredio, strogo slijedio članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24 ili je pak primijenio rješenja koja taj članak narušavaju, odstupaju od njegovih temeljnih načela ili neopravdano ograničavaju njegovo područje primjene.

41. Sud je u više navrata utvrdio da „[…] nakon što država članica odluči preuzeti neku od fakultativnih osnova za isključenje iz Direktive 2014/24, ona mora poštovati njezina ključna obilježja, kako su navedena u toj direktivi. Propisivanjem u članku 57. stavku 7. Direktive 2014/24 da ‚države članice, uzimajući u obzir pravo Unije, određuju provedbene uvjete za [taj] članak', onemogućuje se da one iskrive fakultativne osnove za isključenje sadržane u toj odredbi odnosno da zanemare ciljeve ili načela na kojima se temelji svaka od tih osnova" [17].

42. Iz razloga koje navodim u nastavku smatram da je prilikom uključivanja sadržaja članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24 u portugalski pravni poredak na temelju pravnih pravila došlo do prijenosa koji nije u potpunosti u skladu s navedenom direktivom: konkretno, člankom 55. stavkom 1. točkom (f) ZJN-a neopravdano se ograničava mogućnost javnog naručitelja da isključi ponuditelje koji sudjeluju u zabranjenim sporazumima jer se zahtijeva da im je za njihovo postupanje AC ranije izrekao dodatnu sankciju zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave.

43. Ako je to slučaj, kao što smatram da jest, to ipak ne znači da prijenos nije izvršen, nego da je izvršen manjkavo. Ta bi se manjkavost, osim toga, eventualno mogla otkloniti *širim* tumačenjem članka 70. stavka 2. točke (g) ZJN-a, odnosno tumačenjem koje je u skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24 (usklađeno tumačenje) [18].

44. Konačno, ne smatram da je predmetni prethodni postupak prikladan za ponovno pokretanje rasprave o mogućnosti država članica da ne preuzmu fakultativne osnove za isključenje u nacionalno pravo kad je baš portugalski zakonodavac odlučio učiniti suprotno (premda to rješenje možda nije onoliko zadovoljavajuće koliko bi trebalo biti sa stajališta prava Unije).

[16] Kako bi se ispunila obveza prenošenja odredbi određene direktive u nacionalno pravo, dovoljno je da nacionalni propisi prethodno sadržavaju pravna pravila kojima se materijalno uključuju odredbe te direktive. Za prilagodbu nacionalnog prava direktivi nije nužno da se obvezujući sadržaj te direktive tekstualno i formalno preuzme donošenjem određenog pravila *nakon* te direktive. Vidjeti u tom smislu presudu od 10. lipnja 2021., Ultimo Portfolio Investment (Luxemburg) (C-303/20, EU:C:2021:479, t. 33. do 36.) Konkretno, u točki 35. odlučeno je da je, kako bi se utvrdilo „provode li se nacionalnim propisom dovoljno obveze koje proizlaze iz određene direktive, važno uzeti u obzir ne samo propis koji je posebno donesen u svrhu prenošenja te direktive nego i sve dostupne i primjenjive pravne norme".

[17] Presuda Meca, t. 33.

[18] Čini se da je to bila teza koju je Tribunal central administrativo norte (Središnji upravni sud za sjever) iznio u svojoj presudi od 29. svibnja 2020., u kojoj je prihvaćen Tosccin zahtjev. To proizlazi iz argumenata Infraestruturasa koji se navode u točki 7. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku: prema mišljenju navedenog suda, članak 70. stavak 2. točka (g) ZJN-a „nužno uključuje i *prošle slučajeve* indicija o protutržišnim postupanjima natjecatelja kojih nema ili nisu naznačeni u njegovoj ponudi" (moje isticanje).

45. Sudska praksa koju je Sud dosad utvrdio u pogledu mogućnosti država članica u tom području ne zanemaruje, što je i logično, obvezu (članak 288. UFEU-a) države članice da slijedi rezultat koji je potrebno postići na temelju određene direktive. Polazeći od te pretpostavke, Sud je u različitim sastavima smatrao da se Direktiva 2014/24 izvršava na način koji je u skladu s fakultativnim osnovama za isključenje ako se izvršava na gore naveden način [19].

46. Ponovno pokretanje rasprave na koju sam prethodno uputio bilo bi usto osobito osjetljivo jer bi njezin ishod:

– mogao podrazumijevati preoblikovanje fakultativnih osnova za isključenje u obvezne neovisno o sudjelovanju država na koje se upućuje u članku 57. stavku 7. Direktive 2014/24; te

– mogao ograničiti jedinstveni sustav radi kojeg se u odredbama o osnovama za isključenje iz Direktive 2014/25 upućuje na Direktivu 2014/24. U skladu s člankom 80. stavkom 1. trećim podstavkom Direktive 2014/25, kriteriji i pravna pravila koji se primjenjuju na isključenje natjecatelja obuhvaćaju fakultativne osnove navedene u članku 57. stavku 4. Direktive 2014/24 *ako to traže države članice*.

B. Prvo prethodno pitanje

47. Sud koji je uputio zahtjev želi znati predstavlja li osnova za isključenje predviđena člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24 „područje o kojem treba odlučivati" javni naručitelj.

48. Sud je na to pitanje već odgovorio: „iz teksta članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24 proizlazi da je zakonodavac Unije namjeravao mogućnost ocjene u fazi odabira ponuditelja treba li se natjecatelj ili ponuditelj isključiti iz postupka javne nabave povjeriti isključivo javnom naručitelju" [20].

49. To utvrđenje Suda u skladu je s člankom 56. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2014/24: javni naručitelj treba utvrditi da „ponuda dolazi od ponuditelja koji nije isključen u skladu s člankom 57.". Stoga u svakom slučaju mora odlučiti treba li ponuditelja isključiti iz postupka javne nabave.

50. Međutim, prethodno navedenoj kategoričkoj tvrdnji potrebno je pridodati određena pojašnjenja ako je u ranije donesenoj konačnoj odluci nadležnog tijela utvrđeno da postoji postupanje zbog kojeg nije moguće sudjelovanje u postupcima javne nabave ili u kojoj je ponuditelju zabranjeno sudjelovanje u takvim postupcima.

51. U okolnostima u kojima se postavlja pitanje (odnosno, s obzirom na to da postoje postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje, a koja se pripisuju ponuditelju), postoje tri scenarija:

– Ako je taj gospodarski subjekt prethodno pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupcima javne nabave (članak 57. stavak 6. zadnji podstavak Direktive 2014/24) zbog postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje [21], javni naručitelj tu zabranu mora

[19] *Supra*, bilješka 12.

[20] Presuda Meca, t. 34.

[21] Zabrana sklapanja ugovora o javnoj nabavi mogla je biti izrečena pravomoćnom presudom zbog povreda počinjenih u drugim područjima pravnog poretka. Sad razmatram samo zabrane koje je izreklo tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja jer je to bio slučaj u ovom predmetu.

poštovati. Osuđeni gospodarski subjekt nema pravo iskoristiti mogućnost dokazivanja svoje pouzdanosti (korektivne mjere ili mjere *self-cleaninga*) tijekom razdoblja isključenja koje je utvrđeno u presudi države članice u kojoj je ta presuda izvršiva [22].

– Ako zabrana sudjelovanja nije izrečena na temelju pravomoćne presude nego AC-ove odluke, javni naručitelj nije apsolutno obvezan tom odlukom: može provjeriti je li navedeni gospodarski subjekt poduzeo korektivne mjere koje sam prethodno naveo te mu ipak dopustiti da sudjeluje u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi.

– Isto bi se dogodilo, *a fortiori*, da AC gospodarskom subjektu nije izrekao nikakvu zabranu sudjelovanja u postupku javne nabave, nego da ga kaznio zbog sklapanja zabranjenih sporazuma.

52. Prilikom analize sljedećih prethodnih pitanja zadržat ću se na drugoj i trećoj od upravo iznesenih hipoteza. Smatram da je za odgovor na prvu hipotezu, koji treba biti širok kao i tekst pitanja, dovoljno istaknuti opće pravilo, ne dovodeći u pitanje iznimke koje proizlaze iz same Direktive 2014/24

C. Drugo prethodno pitanje

53. Sud koji je uputio zahtjev u biti želi znati može li nacionalni zakonodavac u kontekstu članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24 „u potpunosti zamijeniti odluku koju treba donijeti javni naručitelj” drugom AC-ovom odlukom kojom se gospodarskom subjektu kao dodatna sankcija izriče zabrana sudjelovanja u postupcima javne nabave.

54. Zakonom br. 19/2012 AC-u se dopušta da gospodarskim subjektima koji sudjeluju u praksama kojima se ograničava tržišno natjecanje osim novčane kazne izrekne i dodatnu sankciju [23] zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave u određenom razdoblju (članak 71. stavak 1. točka (b)).

55. Međutim, kao što sam to već objasnio, AC izričito je odlučio da Futriferu ne treba izreći dodatnu sankciju.

1. Nedopuštenost

56. Na temelju te pretpostavke, unatoč velikom interesu koji bi iz drugih perspektiva i općenito moglo privući pitanje koje upućuje sud koji je uputio zahtjev, ono je u spornom predmetu hipotetsko.

57. To bi pitanje imalo smisla kad bi zbog AC-ove odluke kojom se izriče zabrana sklapanja ugovora o javnoj nabavi trebalo ispitati, kao što to traži sud koji je uputio zahtjev, u kojoj je mjeri ta odluka dovoljna kao „zamjena” za kasniju odluku javnog naručitelja.

[22] U pogledu tumačenja sličnog pravila iz Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji (SL 2014., L 94, str. 1. i ispravci SL 2015., L 114, str. 24., SL 2018., L 82, str. 17. i SL 2018., L 181, str. 88.) vidjeti presudu od 11. lipnja 2020., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, t. 20.).

[23] U Zakonu br. 19/2012 ta se zabrana kvalificira kao „sankcija”. Stoga se ne može raspravljati o njezinoj pravnoj prirodi, koja je sporna u drugim pravnim porecima.

58. Međutim, s obzirom na to da je u postupku protiv Futrifera utvrđeno da mu AC svjesno nije izrekao dodatnu sankciju zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi, ne vidim od kakve bi koristi u ovom sporu bilo očitovati se o posljedicama te (nepostojeće) zabrane.

59. Drugo je prethodno pitanje stoga nedopušteno [24].

2. Podredno o meritumu

60. Za slučaj da se Sud ne slaže s mojim mišljenjem i odluči ispitati meritum tog prethodnog pitanja, iznijet ću svoje stajalište o njemu.

61. Prema mojem mišljenju (ako zanemarimo slučajeve u kojima se zabrana sudjelovanja temelji na pravomoćnoj presudi) [25], AC-ovo rješenje kojim se određenom gospodarskom subjektu zabranjuje sudjelovanje u postupcima javne nabave nije do te mjere obvezujuće za javnog naručitelja da on mora „u potpunosti zamijeniti [svoju] odluku”.

62. Naime, javni naručitelj i u tom slučaju može provjeriti je li kažnjeni gospodarski subjekt poduzeo korektivne mjere na koje se upućuje u članku 57. stavku 6. Direktive 2014/24 te mu ipak dopustiti da sudjeluje u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi.

63. Podsjećam na to da gospodarski subjekt ima nedvosmisleno pravo na dokazivanje svoje pouzdanosti poduzimanjem tih mjera za samokorigiranje, a to pravo izravno proizlazi iz navedenog članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24 [26].

64. Rješenje koje predlažem (mogućnost javnog naručitelja da provjeri jesu li poduzete korektivne mjere unatoč zabrani sklapanja ugovora o javnoj nabavi koju je izreklo nadležno tijelo) omogućuje postizanje ravnoteže između sljedećih dvaju pristupa:

– S jedne strane, pristupa kojim se nastoji očuvati mogućnost koju ima sam javni naručitelj, koji treba moći slobodno ocijeniti pouzdanost natjecatelja a da pritom nije nužno obvezan ocjenama drugih javnih tijela [27].

– S druge strane, pristupa kojim se poštuju zadaće koje imaju tijela javne vlasti zadužena osobito za sankcioniranje postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje [28]. Javni naručitelj treba uzeti u obzir odluke tih tijela jer se naposljetku „postojanje postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje može smatrati dokazanim tek nakon donošenja takve odluke, kojom se činjenice pravno kvalificiraju na taj način” [29].

[24] Futrifer smatra da je zahtjev za prethodnu odluku nedopušten u cijelosti jer nijedno pitanje iz njega (a sva ih smatra općenitima i hipotetskima) nije relevantno za donošenje odluke u sporu. Komisija, koja je šturija, kritizira to što se čini da sud koji je uputio zahtjev „poziva Sud da donese općenitu, gotovo apstraktnu, odluku o prenošenju Direktive 2014/24”, ali ne iznosi prigovor u pogledu dopuštenosti zahtjeva za prethodnu odluku. Ja pak smatram da je Futriferova kritika utemeljena u pogledu drugog i četvrtog prethodnog pitanja.

[25] Vidjeti točke 50. i 51. ovog mišljenja.

[26] Presuda od 14. siječnja 2021., RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, t. 48.)

[27] Upućujem na svoje mišljenje u predmetu Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, t. 30.).

[28] Presuda od 24. listopada 2018., Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, t. 25. i 26.; u daljnjem tekstu: Vossloh Laeis)

[29] Presuda Vossloh Laeis, t. 39.

65. Međutim, točno je da, kao što je to Sud utvrdio s obzirom na uvodnu izjavu 102. Direktive 2014/24[30], države članice imaju „široku marginu prosudbe kad je riječ o definiranju tijela nadležnih za ocjenu prikladnosti korektivnih mjera. U tom pogledu, […] mogu povjeriti taj zadatak ocjene nekom tijelu koje nije javni naručitelj ili naručitelj"[31].

66. Ukratko, prilikom procjene hoće li primijeniti odredbe članka 57. stavka 4. točke (c), javni naručitelj umjesto toga može:

– ili samostalno, bez prethodnih odluka drugih tijela, isključiti gospodarski subjekt u pogledu kojeg ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je sklopio sporazume s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja;

– ili, nakon što je nadležno tijelo utvrdilo postojanje tih sporazuma kojima se ograničava tržišno natjecanje[32], a neovisno o tome je li to tijelo izreklo zabranu sudjelovanja u postupcima javne nabave, ocijeniti dokazuju li korektivne mjere ponuditelja ili natjecatelja da je on pouzdan i da ga, prema tome, ne treba isključiti iz postupka javne nabave na temelju članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24. Međutim, država članica za ocjenu korektivnih mjera može zadužiti tijelo koje nije javni naručitelj, koji u tom slučaju mora poštovati tu ocjenu.

D. Treće prethodno pitanje

67. Čini se da tekst trećeg prethodnog pitanja zapravo istodobno sadržava dva pitanja:

– S jedne strane, može li se „odluk[a] javnog naručitelja o ‚pouzdanosti' gospodarskog subjekta s obzirom na poštovanje (ili nepoštovanje) pravnih pravila prava tržišnog natjecanja" donijeti „neovisno o konkretnom postupku javne nabave".

– S druge strane, treba li ta ocjena prikladnosti gospodarskog subjekta biti „dostatno obrazložena" na temelju „neovisne procjene" javnog naručitelja koju drugi natjecatelji mogu pobijati[33].

68. Ponovno se čini da to pitanje počiva na pretpostavci da je prije odluke javnog naručitelja AC izrekao dodatnu mjeru (zabranu sklapanja ugovora o javnoj nabavi). Na temelju toga, sud koji je uputio zahtjev želi znati jesu li razlozi zbog kojih je izrečena dodatna mjera „iste vrste i prirode" kao i „ocjena pouzdanosti" koju mora provesti javni naručitelj[34].

69. Ako se pitanje shvati na taj način, u pogledu njega postoje isti problemi nedopuštenosti (zbog njegove hipotetske prirode) koje sam već istaknuo u pogledu drugog pitanja. Međutim, sud koji je uputio zahtjev u svojim argumentima upućuje na mogućnost javnog naručitelja da odluči

[30] „Države članice trebale bi posebno biti slobodne odlučiti žele li dozvoliti pojedinim javnim naručiteljima izvršavanje relevantnih procjena ili provjeriti taj zadatak drugim tijelima na središnjoj ili decentraliziranoj razini."

[31] Presuda od 11. lipnja 2020., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, t. 29.)

[32] U pogledu odnosa između odluka tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i odluka javnih naručitelja vidjeti točke 25. do 33. presude Vossloh Laeis.

[33] Odluka kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, t. 2.2.6. treći odjeljak

[34] Prema tvrdnjama suda koji je uputio zahtjev, u ovom predmetu „javni naručitelj nije pokazao nikakav interes da donese samostalnu ocjenu o ‚prikladnosti' ponuditelja […]. Štoviše, tvrdi da ne mora donijeti takvu ocjenu jer ju već sadržava odluka koju je donio AC" (točka 2.2.6. peti stavak odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku).

prihvatiti prikladnost gospodarskog subjekta, unatoč činjenici da je sankcioniran zbog zabranjenih sporazuma a da se među tim sankcijama ne nalazi zabrana sklapanja ugovora o javnoj nabavi [35].

70. Stoga ću na dva pitanja odgovoriti polazeći od upravo opisanog stajališta suda koji je uputio zahtjev.

1. Ocjena pouzdanosti ili prikladnosti koju provodi javni naručitelj

71. Odgovor na ovaj dio prethodnog pitanja zapravo proizlazi iz odgovora koji sam dao na prethodna dva pitanja. Javni naručitelj u potpunosti zadržava mogućnost da ocijeni pouzdanost ponuditelja ili natjecatelja nakon što nadležno tijelo donese svoju odluku, i to na prethodno opisan način.

72. U skladu s uvodnom izjavom 101. Direktive 2014/24, „[j]avnim naručiteljima […] bi se trebala pružiti mogućnost isključenja gospodarskih subjekata koji su dokazano nepouzdani jer su, primjerice, […] počinili *ostale oblike teških poslovnih prekršaja, poput kršenja pravila o tržišnom natjecanju*” [36]. Drugi stavak iste uvodne izjave odnosi se na izvedbu u prethodnim ugovorima „koj[a] dovodi u pitanje pouzdanost gospodarskog subjekta” [37].

73. S obzirom na tu uvodnu izjavu, ne treba čuditi što je Sud utvrdio da: „mogućnost svakog javnog naručitelja da iz postupka javne nabave isključi ponuditelja osobito je namijenjena tome da se tom javnom naručitelju omogući ocjena integriteta i pouzdanosti svakog od ponuditelja” [38].

74. Naime, fakultativnim osnovama za isključenje državama se članicama omogućava da ostvare ciljeve u općem interesu i, u svakom slučaju, njima se nastoje osigurati jamstva pouzdanosti [39], dužne pažnje, profesionalnog poštenja i ozbiljnosti ponuditelja [40].

75. Konkretno, Sud je u pogledu „cilj[a] na kojem se temelji članak 57. stavak 4. Direktive 2014/24” smatrao da „mogućnost, odnosno obveza, javnog naručitelja da isključi gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave konkretno služi tomu da on ocijeni integritet i pouzdanost svakog od gospodarskih subjekata” [41].

76. Uostalom, u skladu s pravilnim tumačenjem članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24, provjera ponuditeljeva integriteta i pouzdanosti treba obuhvatiti i njegova postupanja kojima se ograničavalo tržišno natjecanje *u prošlosti*, a ne samo zabranjene sporazume sklopljene u okviru „konkretnog” postupka javne nabave u kojem javni naručitelj treba donijeti odluku.

77. To konkretno proizlazi iz članka 57. stavka 5. drugog podstavka Direktive 2014/24, na temelju kojeg javni naručitelji mogu isključiti gospodarski subjekt ako se pokaže da se „gospodarski subjekt, s obzirom na djela počinjena ili propuštena bilo *prije* ili tijekom postupka, nalazi u nekoj od situacija iz stavka 4.” [42].

35 Čini se da to proizlazi, iako ne suviše jasno, iz točke 2.2.6. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku.

36 Moje isticanje

37 Vidjeti presudu Meca, t. 30.

38 *Ibidem*, t. 29.

39 U mišljenju u predmetu Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, t. 28.) već sam istaknuo da „Direktiva 2014/24 uzima u obzir pouzdanost kao ključni element odnosa” između javnog naručitelja i ponuditeljâ.

40 Presuda od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 29., 31. i 32.)

41 Presuda od 30. siječnja 2020., Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, t. 41.)

42 Moje isticanje

78. Prethodnim razmatranjima treba dodati činjenicu da javni naručitelj umjesto toga može primijeniti članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24 i svoju odluku o isključenju ponuditelja temeljiti na okolnosti da je ponuditelj kriv za teški profesionalni propust.

79. U pojam teškog profesionalnog propusta, koji se u portugalskom pravu preuzima kao osnova za isključenje [43], mogu se uključiti postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje, čak i ako za njih postoji posebna vrsta isključenja: to se potvrđuje prethodno navedenom uvodnom izjavom 101. Direktive 2014/24, u kojoj se (u smislu koji je utvrdio Sud u pogledu navedene direktive) [44] oblikom teškog profesionalnog propusta smatraju povrede pravnih pravila tržišnog natjecanja [45].

80. Točno je da ta mogućnost, kao što je to istaknuto na raspravi, podrazumijeva određeno preklapanje dviju fakultativnih osnova za isključenje. Međutim, smatram da ona, ako se njihov odnos shvati kao odnos nadopunjavanja, u konačnici služi ostvarivanju ciljeva Direktive 2014/24.

81. Kad nastane slučaj iz članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24, logično je da javni naručitelj primijeni tu osnovu za isključenje. Kad je riječ o ostalim postupanjima koja, premda se njima povređuju pravna pravila o zaštiti tržišnog natjecanja, nisu „sporazumi s drugim gospodarskim subjektima”, može primijeniti općenitiji tekst točke (c).

82. Ako se javnom naručitelju nastoji dati veća mogućnost za ocjenjivanje pouzdanosti ponuditelja i natjecatelja, ne vidim razloga za ograničavanje njegovih ovlasti pri utvrđivanju kakve su „povrede pravila tržišnog natjecanja” počinjene. Uvodnom izjavom 101. Direktive 2014/24 ponovno se dopušta primjena članka 57. stavka 4. točaka (c) i (d) na prethodno opisan način. Stoga dolazi do sukoba pravnih pravila koji osoba koja ih tumači mora riješiti tako da primijeni ono pravilo koje je najprikladnije s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja.

2. Obveza obrazlaganja

83. Javni naručitelj dužan je provesti „konkretnu i pojedinačnu ocjenu ponašanja predmetnog subjekta” [46]. Ta ocjena mora se odraziti u obrazloženju donesenog akta na temelju kojeg ga njegovi adresati i eventualni natjecatelji mogu pobijati u sudskom postupku [47].

[43] Člankom 55. stavkom 1. točkom (d) ZJN-a fizičkoj ili pravnoj osobi kojoj je izrečena upravna sankcija zbog teškog profesionalnog propusta zabranjuje se podnošenje ponude.

[44] Rješenje od 4. lipnja 2019., Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476) u pogledu članka 45. stavka 2. prvog podstavka točke (d) 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 (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

[45] Kad je riječ o „Područj[u] primjene osnove za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma: obuhvaćanje usklađenih djelovanja i povezanost s osnovom za isključenje zbog teškog poslovnog prekršaja”, treba tumačiti točku 5.2. Obavijesti Europske komisije o alatima za borbu protiv tajnih sporazuma u području javne nabave i smjernice za primjenu s time povezane osnove za isključenje (2021/C 91/01).

[46] Presuda od 7. rujna 2021., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, t. 157.), s upućivanjem na presudu od 9. studenoga 2017., LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, t. 39. i navedena sudska praksa)

[47] *Ibidem*, t. 120.

84. Ako (kao što je to ovdje slučaj) neki od natjecatelja tvrdi da u pogledu drugog postoji osnova za isključenje na temelju članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24, javni naručitelj mora konkretno objasniti iz kojih razloga prihvaća da je taj natjecatelj pouzdan. Ovisno o slučaju, obrazloženje mora uključivati i ocjenu korektivnih mjera na koje se sankcionirani ponuditelj pozvao [48].

85. Zahtjev obrazlaganja može se ispuniti ako javni naručitelj izravno ili upućivanjem preuzme argumente koje je uzelo u obzir tijelo nadležno za sektor o kojem je riječ (to je ovdje AC) kad je utvrdilo da se gospodarski subjekt udružio s drugima kako bi narušili tržišno natjecanje.

E. Četvrto prethodno pitanje

86. Sud koji je uputio zahtjev dvoji u pogledu toga je li „rješenje koje se primjenjuje u portugalskom pravu u članku 55. stavku 1. točki (f) ZJN-a" u skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24.

87. Sud koji je uputio zahtjev tu odredbu ZJN-a tumači na sljedeći način (a Sud to tumačenje treba slijediti jer dolazi s najvišeg portugalskog upravnog suda): ako se isključenje gospodarskog subjekta temelji na „povredi pravila tržišnog natjecanja počinjenoj izvan konkretnog postupka javne nabave", to isključenje u skladu s člankom 55. stavkom 1. točkom (f) ZJN-a ovisi o AC-ovoj odluci „o primjeni dodatne sankcije koja se sastoji od zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi". Sud koji je uputio zahtjev dodaje da je AC ocijenio da su korektivne mjere poduzete u ovom postupku prikladne.

88. Ovo je pitanje hipotetsko iz istih razloga koje sam iznio prilikom analize drugog prethodnog pitanja [49] jer:

– S jedne strane, AC izričito je odbacio izricanje dodatne sankcije zbog Futriferova postupanja.

– S druge strane, u spisu nije navedeno da se ijedan od gospodarskih subjekata koji je sudjelovao u javnoj nabavi pozvao na to da je poduzeo korektivne mjere, na koje se upućuje u članku 57. stavku 6. Direktive 2014/24, u svrhu premošćivanja ranije (nepostojeće) zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi.

89. Pitanja suda koji je uputio zahtjev stoga nadilaze granice spora, s obzirom na činjenice koje se razmatraju, i njima se *de facto* zahtijeva savjetodavno mišljenje Suda o elementima koji nisu dio tih činjenica.

90. Ako se želi izbjeći prigovor nedopuštenosti, pitanje bi se moglo preoblikovati tako da se smatra da se postavlja za slučaj da AC bude smatrao zabranjeni sporazum dokazanim i zbog njega izrekne novčanu kaznu, ali ne i zabranu sklapanja ugovora o javnoj nabavi.

[48] Na temelju članka 57. stavka 6. trećeg podstavka Direktive 2014/24, „[a]ko se smatra da su mjere [koje je poduzeo gospodarski subjekt] nedostatne, gospodarski subjekt prima izjavu o razlozima takve odluke". Ta odredba, međutim, ne sprečava primjenu razloga i u suprotnom slučaju, ako gospodarski subjekt koji se natječe to zahtijeva kako bi potvrdio da njegova konkurenta treba isključiti.

[49] Za razliku od drugog prethodnog pitanja, sud koji je uputio zahtjev pozornost sad usmjerava na činjenicu da je u skladu s portugalskim pravom AC, nakon izricanja dodatne sankcije zabrane sklapanja ugovora o javnoj nabavi, također nadležan za odlučivanje o rehabilitaciji sankcioniranog gospodarskog subjekta.

91. U svakom slučaju, na temelju tog preoblikovanja pitanja ili podredno, odgovor koji predlažem temelji se na mojim prethodnim razmatranjima. Prema tome:

– Nacionalno pravno pravilo (ili njegovo tumačenje) kojim se kao nužan uvjet za njegovu primjenu zahtijeva da postoji ranija odluka tijela za zaštitu tržišnog natjecanja ne bi bilo u skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24.

– Države članice za ocjenu korektivnih mjera mogu zadužiti tijela koja nisu javni naručitelji, kao što je AC. Na sudu koji je uputio zahtjev jest da provjeri je li to slučaj u portugalskom pravu i, ako jest, da utvrdi poštuje li „nacionalni sustav uspostavljen u tu svrhu […] sve zahtjeve iz članka[57. stavka 6. Direktive 2014/24]” [50].

F. Peto prethodno pitanje

92. Sud koji je uputio zahtjev usmjerava se na članak 70. stavak 2. točku (g) ZJN-a kako bi ispitao je li njegov sadržaj u skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24.

93. Na temelju svojeg tumačenja tog članka ZJN-a, sud koji je uputio zahtjev tvrdi da se njime „ograničava mogućnost isključenja ponude zbog postojanja ozbiljnih indicija o postupanjima, sporazumima, djelovanjima ili informacijama koje bi mogle dovesti do narušavanja pravila tržišnog natjecanja u konkretnom postupku javne nabave u kojem su ta djelovanja utvrđena”.

94. Članak 70. ZJN-a odnosi se, bar doslovno, na kasniju fazu postupka javne nabave: dok se članak 55. primjenjuje u početnoj fazi (odabir subjekta na temelju kvalitativnih kriterija), članak 70. primjenjuje se u sljedećoj fazi (ocjena podnesenih ponuda). Kako bi došao do te druge faze, logično je da je ponuditelj ili natjecatelj morao proći prvu fazu, odnosno da nije ranije isključen iz postupka.

95. Stoga se ništa ne može prigovoriti nacionalnoj odredbi ako javni naručitelj u skladu s njezinim tumačenjem u svakom slučaju zadržava mogućnost da ocijeni da je ponuditelj, prije konkretnog postupka javne nabave koji se provodi, postupao s ciljem ograničavanja tržišnog natjecanja, na čemu se temelji njegovo isključenje.

96. Drugim riječima, nema povrede nijedne odredbe Direktive 2014/24 ako se člankom 70. stavkom 2. točkom (g) ZJN-a samo javnom naručitelju omogućuje da samostalno isključi ponuditeljevu ponudu kad utvrdi da ona proizlazi iz zabranjenih sporazuma u okviru konkretnog postupka javne nabave [51].

97. Tekst članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24 dovoljno je općenit da obuhvati sve mogućnosti koje javni naručitelj ima da sazna za postupanja ponuditelja kojima se nastoji narušiti tržišno natjecanje.

[50] Presuda od 11. lipnja 2020., Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, t. 31., 38. i točka 2. izreke)

[51] Na sudu koji je uputio zahtjev jest da odluči, osim toga, može li se članak 70. stavak 2. točku (g) ZJN-a tumačiti na način koji sam naveo u bilješci 18.

98. U mišljenju u predmetu Vossloh Laeis tvrdio sam da se člankom 57. Direktive 2014/24 javnim naručiteljima povjeravaju i neke zadaće s konotacijama provođenja istrage [52], a i Sud je zauzeo to stajalište u presudi donesenoj u istom predmetu [53].

99. Ako provode te zadaće, javni naručitelji imaju mogućnosti utvrditi postojanje sporazuma koje su ponuditelji sklopili u pogledu postupka javne nabave koji je u tijeku, a kojima se ograničava tržišno natjecanje. Kao što to ističe Komisija, moguće je da je javnom naručitelju teško samostalno dokazati postupanje kojim se ograničava tržišno natjecanje. Te teškoće, osim što u praksi nisu nepremostive, ne opravdavaju to da se javnom naručitelju ograniči mogućnost ocjene određenog zabranjenog sporazuma čije je postojanje sam utvrdio.

V. Zaključak

100. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da drugo i četvrto prethodno pitanje proglasi nedopuštenima te Supremo Tribunalu Administrativo (Visoku upravni sud, Portugal) odgovori na sljedeći način:

„Članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ

treba tumačiti na način da:

– Fakultativnu osnovu za isključenje iz te odredbe treba ocjenjivati javni naručitelj i pritom ne smije biti obvezan odlukama drugih tijela, osim u slučaju da je gospodarski subjekt pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupcima javne nabave tijekom razdoblja isključenja koje je proizašlo iz takve presude u državi članici u kojoj je presuda izvršiva.

– Javni naručitelj mora izravno ili upućivanjem obrazložiti razloge na temelju kojih ponuditelju koji je ranije sankcioniran zbog postupanja kojima se ograničava tržišno natjecanje omogućuje sudjelovanje u postupku javne nabave.

– Ne protivi mu se nacionalno pravno pravilo kojim se javnom naručitelju omogućuje da isključi ponudu zbog postojanja ozbiljnih indicija o postupanjima, sporazumima, djelovanjima ili informacijama koje bi mogle dovesti do narušavanja pravnih pravila tržišnog natjecanja u konkretnom postupku javne nabave u kojem su ta djelovanja utvrđena.

Podredno, predlažem Sudu da na drugo i četvrto prethodno pitanje odgovori na sljedeći način:

– Ako je tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja gospodarskom subjektu izreklo dodatnu sankciju koja se sastoji od zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave u određenom razdoblju, javni naručitelj zadržava mogućnost da ga ne isključi iz postupka javne nabave ako postoje okolnosti iz članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24.

– Gospodarski subjekt ima pravo podnijeti dokaze o tome da je poduzeo mjere koje su dostatne kako bi dokazao svoju pouzdanost u skladu s člankom 57. stavkom 6. Direktive 2014/24, a koje javni naručitelj (ili tijelo koje je za to nadležno na temelju nacionalnog prava) mora ocijeniti, čak

[52] C-124/17, EU:C:2018:316, t. 46. do 49.

[53] Presuda Vossloh Laeis, t. 24. i sljedeće točke

i ako mu je tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja izreklo dodatnu sankciju koja se sastoji od zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave.”