Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 22. studenoga 2017.[1]

Predmet C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai” UAB, prethodno „Specializuotas transportas” UAB
uz sudjelovanje:
„VSA Vilnius” UAB,
„Švarinta” UAB,
„Specialus autotransportas” UAB,
„Ecoservice” UAB

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud, Litva))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2004/18/EZ – Postupci za sklapanje ugovora o javnoj nabavi radova, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnoj nabavi usluga – Jednako postupanje – Transparentnost – Učinkovito tržišno natjecanje među ponuditeljima – Veze među ponuditeljima koji podnose samostalne ponude u okviru istog postupka – Obveza obznanjivanja povezanih ponuditelja – Obveze javnog naručitelja i nacionalnog suda”

1. Ako dva ili više ponuditelja s određenim međusobnim vezama svoje ponude podnose u okviru postupaka javne nabave, može se pojaviti sumnja da djeluju koordinirano (ili čak, u dosluhu), na štetu transparentnosti i drugih načela ili pravila prava Unije koja se primjenjuju na te postupke.

2. To je kontekst prethodnih pitanja koja je uputio Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud, Litva), s obzirom na to da su dva društva kćeri trećeg društva među ostalim namjeravala sklopiti ugovor o prikupljanju i odvozu otpada u jednoj općini te zemlje.

3. Ukratko, sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjima želi saznati imaju li ti ponuditelji obvezu, čak i u nedostatku posebne normativne odredbe, obznaniti svoje veze javnom naručitelju te način na koji taj javni naručitelj treba djelovati ako je upoznat s postojanjem tih veza.

4. Zahtjev za prethodnu odluku Sudu stoga pruža mogućnost da nadopuni svoju sudsku praksu u vezi s načelima jednakog postupanja i transparentnosti u postupcima uređenim Direktivom 2004/18/EU[2] ako sudionici u tim postupcima pripadaju istoj zajednici poduzetnika.

1 Izvorni jezik: španjolski

2 Direktiva 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.)

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2004/18

5. Uvodna izjava 46. glasi:

„Ugovore bi trebalo sklapati na temelju objektivnih kriterija koji osiguravaju poštovanje načela transparentnosti, zabrane diskriminacije, i načela jednakog tretmana i koja jamče da su ponude ocijenjene u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja […]”.

6. U skladu s člankom 2.:

„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način”.

7. Članak 45. stavak 2. predviđa sljedeće:

„Svaki gospodarski subjekt može biti isključen iz sudjelovanja u ugovoru ako je taj gospodarski subjekt:

(a) u stečaju ili je u postupku likvidacije, ako njegovim poslovima upravlja sud, ako je u nagodbi s vjerovnicima, ako je obustavio poslovne aktivnosti ili je u bilo kakvoj istovrsnoj situaciji koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima;

(b) predmetom postupaka za otvaranje stečajnog postupka, za likvidaciju po službenoj dužnosti ili upravljanja od strane suda ili nagodbe s vjerovnicima ili bilo kakvog sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i odredbama;

(c) pravomoćnom presudom osuđen za djelo koje se tiče njegovog profesionalnog postupanja;

(d) bio kriv za težak profesionalni propust kojeg javni naručitelj može dokazati na bilo koji način;

(e) nije ispunio obaveze vezane uz plaćanje doprinosa za socijalno osiguranje u skladu sa zakonskim odredbama zemlje u kojoj ima poslovni nastan ili onima koje su na snazi u državi javnog naručitelja;

(f) nije ispunio obaveze koje se tiču plaćanja poreza u skladu sa zakonskim odredbama zemlje u kojoj ima poslovni nastan ili onima koje su na snazi u državi javnog naručitelja;

(g) je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka sukladno odredbama ovog odjeljka ili nije dostavio takve podatke.”

2. Direktiva 89/665/EEZ[3]

8. Članak 1. stavak 1. treći podstavak propisuje sljedeće:

„Države članice poduzimaju mjere potrebne da osiguraju da, vezano uz ugovore koji spadaju u područje primjene Direktive 2004/18/EZ, odluke koje donose javni naručitelji mogu biti učinkovito preispitane i, posebno, što je hitnije moguće u skladu s uvjetima navedenim u člancima 2. do 2.f ove Direktive, zbog toga što se takvim odlukama krši pravo Zajednice u području javne nabave ili nacionalna pravila u kojima je preneseno to pravo."

9. Članak 2. stavak 1. i točka (b) propisuje sljedeće:

„1. Države članice osiguravaju da mjere poduzete u vezi s postupcima pravne zaštite navedenim u članku 1. uključuju ovlasti da:

[…]

(b) se ukinu ili se osigura ukidanje nezakonito donesenih odluka, uključujući uklanjanje diskriminirajućih tehničkih, ekonomskih ili financijskih specifikacija u pozivu na dostavu ponuda, dokumentaciji za nadmetanje ili bilo kojem drugom dokumentu vezanom uz postupak sklapanja ugovora".

B. Nacionalno pravo

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Zakon o javnoj nabavi Republike Litve)[4]

10. U skladu s člankom 3. stavkom 1.:

„Javni naručitelj u postupcima nadmetanja i sklapanja ugovora jamči poštovanje načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, uzajamnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti."

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (Zakon o tržišnom natjecanju Republike Litve)[5]

11. U skladu s člankom 3. stavkom 14.:

„‚Zajednica povezanih gospodarskih subjekata' [znači] dva ili više gospodarskih subjekata za koje se, ukoliko se među njima postoji odnos nadzora ili vlasništva i ako se mogu udruživati, smatra da čine samo jedan gospodarski subjekt u svrhu izračuna njegova bruto prihoda i njegova tržišnog udjela. Osim ako se ne dokaže suprotno, smatra se da zajednicu povezanih gospodarskih subjekata čini svaki predmetni gospodarski subjekt i

[…]

3 Direktiva Vijeća od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima (SL 1989., L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.)

4 Zakon od 13. kolovoza 1996. (Žin., 1996., br. 84-2000)

5 Zakon od 23. ožujka 1999. (Žin., 1999., br. 30-856)

2. gospodarski subjekti kojima se upravlja zajednički s njime ili koji s njime dijele svoje upravne službe i u čijem nadzornom odboru, upravnom odboru ili drugom upravnom ili nadzornom tijelu sudjeluje barem polovina članova zajedničkih predmetnom gospodarskom subjektu;

3. gospodarski subjekti u kojima predmetni gospodarski subjekt ima najmanje trećinu kapitala ili trećinu ukupnih glasova ili koji s njime moraju usklađivati svoje gospodarske odluke, koji mu odgovaraju za izvršavanje svojih obveza u odnosu na treće strane, koji mu moraju prenijeti ukupnu ili djelomičnu dobit ili su ga ovlastili da raspolaže s najmanje jednom trećinom njihove imovine;

[…]".

12. Članak 5. stavak 1. predviđa:

„1. Zabranjuju se i od svojeg su sklapanja ništavi ugovori čiji je cilj ograničavanje tržišnog natjecanja ili koji ga ograničavaju ili mogu ograničiti, posebice:

1. ugovori koji izravno ili neizravno utvrđuju cijenu određene robe ili druge uvjete kupnje ili prodaje;

[…]".

II. Činjenično stanje

13. Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Centar za gospodarenje otpadom regije Šiauliai, Litva; u daljnjem tekstu: centar za gospodarenje) proveo je 9. srpnja 2015. postupak javne nabave za pružanje komunalnih usluga prikupljanja i odvoza otpada u općini Šiauliai.

14. Prema podacima iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, obavijest o natječaju zabranjivala je da ponuditelji dostave varijante svojih ponuda[6].

15. Četiri su ponuditelja dostavila odnosne ponude:

A) Specialus autotransportas UAB (u daljnjem tekstu: ponuditelj A),

B) Specializuotas transportas UAB (u daljnjem tekstu: ponuditelj B),

C) Ekonovus UAB,

D) poslovna zajednica VSA Vilnius UAB (u daljnjem tekstu: VSA Vilnius) i Švarinta UAB.

16. Ponuditelji A i B društva su kćeri društva Ecoservice UAB (u daljnjem tekstu: Ecoservice)[7].

17. Ponuditelj B uz svoju je ponudu[8] samoinicijativno priložio izjavu pod prisegom kako bi istaknuo da u postupku javne nabave sudjeluje samostalno i neovisno o svim drugim gospodarskim subjektima koji bi mogli biti povezani s njime te je od centra za gospodarenje zahtijevao da sve druge osobe smatra natjecateljima. Osim toga, ustvrdio je da se obvezuje dostaviti, ako se to od njega bude zahtijevalo, popis s njime povezanih subjekata.

6 U pisanim očitovanjima ponuditelja B (t. 34.) navodi se klauzula 39. dokumentacije za nadmetanje, koja je sadržavala tu zabranu.

7 Prema odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku (točka 10. francuske verzije), matično društvo ima 100 % odnosno 98,12 % udjela ponuditelja A i B, čiji su upravni odbori sastavljeni od istih osoba.

8 Ponuditelj B u njoj se pozvao na podizvoditelja koji je također Ecoserviceovo društvo kći i u čijem su upravnom odboru iste fizičke osoba koje čine upravne odbore ponuditelja A i B.

18. Centar za gospodarenje odbio je ponudu ponuditelja A jer nije ispunjavala jedan od uvjeta iz dokumentacije za nadmetanje [9], a ponuditelj tu odluku nije pobijao [10].

19. Ugovor je u konačnici dodijeljen ponuditelju B.

20. VSA Vilnius podnio je pritužbu navodeći da ponude ponuditelja A i B nisu odgovarajuće ocijenjene te da su povrijeđena načela transparentnosti i jednakosti pred zakonom.

21. Nakon što je njegova pritužba odbijena, VSA Vilnius podnio je tužbu [11] koju je Šiaulių apygardos teismas (regionalni sud Šiauliai, Litva) u bitnome prihvatio presudom od 18. siječnja 2016., koju je Lietuvos apeliacinis teismas (žalbeni sud, Litva) potvrdio odlukom od 5. travnja 2016.

22. Centar za gospodarenje i ponuditelj B podnijeli su žalbu pred Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud), koji upućuje ovaj zahtjev za prethodnu odluku.

III. Postavljena pitanja

23. Pitanja glase kako slijedi:

„1. Treba li slobodno kretanje osoba i usluga predviđene člankom 45. odnosno člankom 56. UFEU-a, načela jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima i transparentnosti iz članka 2. Direktive 2004/18 i načelo slobodnog i poštenog tržišnog natjecanja među gospodarskim subjektima koje proizlazi iz ranije navedenih načela (uzetih zajedno ili odvojeno, ali bez ograničavanja na te odredbe) razumjeti i tumačiti na način da:

ako su povezani ponuditelji čije gospodarske, upravljačke, financijske ili druge veze mogu pobuditi sumnju u njihovu neovisnost i zaštitu povjerljivih informacija i/ili im mogu osigurati (moguće) preduvjete da budu u prednosti naspram drugih ponuditelja, odlučili podnijeti odvojene (neovisne) ponude u okviru istog postupka javne nabave, trebaju li u svakom slučaju obznaniti te veze koje među njima postoje javnom naručitelju čak i ako on to od njih posebno ne zahtijeva, neovisno o tome je li ta obveza predviđena nacionalnim pravom u području javne nabave ili nije?

2. Ako je odgovor na prvo pitanje:

(a) potvrdan (to jest ponuditelji u svakom slučaju moraju obznaniti svoje veze javnom naručitelju), je li okolnost da ta dužnost nije ispunjena u tom slučaju ili da nije valjano ispunjena dovoljna da javni naručitelj zaključi ili žalbeno tijelo (sud) odluči da povezani ponuditelji koji su podnijeli odvojene ponude sudjeluju u istom postupku javne nabave a da se stvarno tržišno ne natječu (fiktivno tržišno natjecanje)?

(b) niječan (to jest ponuditelji nemaju nikakvu dodatnu obvezu – osim one predviđene zakonima li uvjetima postupka javne nabave – da obznane svoje veze), snosi li javni naručitelj rizik sudjelovanja tih povezanih gospodarskih subjekata i rizik posljedica koje iz toga proizlaze ako javni naručitelj nije naveo u dokumentaciji za nadmetanje [da ponuditelji imaju tu obvezu obznanjivanja]?

9 Konkretno, jer nije ispunjavala uvjet da se, za pružanje usluga, upotrebljavaju posebna vozila čiji su motori u skladu s barem pravilom EURO V.

10 Međutim, kasnije, kada je prvostupanjski sud prihvatio tužbu koju je podnio nezavisni ponuditelj, ponuditelj A žalio se na tu sudsku odluku.

11 U njoj je tvrdio da se, kad je riječ o Ecoserviceovim društvima kćerima, ponuditelji A i B trebaju smatrati povezanim poduzetnicima u smislu članka 3. stavka 14. Zakona o tržišnom natjecanju te da njihove ponude treba okvalificirati kao alternativne. Dodao je da ti poduzetnici nisu sudjelovali u postupku javne nabave u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja te da su sklopili zabranjeni sporazum. Budući da su, u skladu s uvjetima postupka javne nabave, varijante bile zabranjene, tvrdio je da su ponude A i B trebale biti odbačene.

3. Neovisno o odgovoru na prvo pitanje i s obzirom na presudu Suda u predmetu C-538/13, eVigilo, treba li pravne odredbe na koje se poziva u prvom pitanju te članak 1. stavak 1. treći podstavak i članak 2. stavak 1. točka (b) Direktive 89/665 (uzeti zajedno ili odvojeno, ali bez ograničavanja na te odredbe) razumjeti i tumačiti na način da:

   (a) ako tijekom postupka javne nabave javnom naručitelju na bilo koji način postane jasno da postoje značajne veze (poveznice) između određenih ponuditelja, taj javni naručitelj treba se, neovisno o vlastitoj ocjeni te činjenice i (ili) drugih okolnosti (na primjer formalne i suštinske razlike između ponuda ponuditelja, javnog obvezivanja ponuditelja da će se pošteno natjecati na tržištu s drugim ponuditeljima itd.), odvojeno obratiti povezanim ponuditeljima i od njih zatražiti da razjasne je li i na koji način njihova osobna situacija spojiva sa slobodnim i poštenim tržišnim natjecanjem među ponuditeljima?

   (b) ako javni naručitelj ima takvu obvezu, ali je ne izvrši, ima li dovoljno temelja da sud utvrdi da je on postupao nezakonito jer nije osigurao transparentnost i objektivnost postupka i jer nije zatražio dokaze od podnositelja zahtjeva ili donio odluku na vlastitu inicijativu o mogućem utjecaju osobne situacije povezanih subjekata na ishod postupka javne nabave?

4. Treba li pravne odredbe iz trećeg pitanja i članak 101. stavak 1. UFEU-a (uzeti zajedno ili odvojeno, ali bez ograničavanja na te odredbe), u skladu s presudama Suda od 12 ožujka 2015., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166); od 21. siječnja 2016., Eturas i dr. (C-74/14, EU:C:2016:42), i od 21. srpnja 2016., VM Remonts i dr. (C 542/14, EU:C:2016:578), razumjeti i tumačiti na način da:

   (a) kada ponuditelj (tužitelj) postane svjestan odbijanja ponude s najnižom cijenom koju je podnio jedan od dvaju povezanih ponuditelja u postupku javne nabave (ponuditelj A) i da je drugi ponuditelj (ponuditelj B) bio uspješan, i također s obzirom na druge okolnosti povezane s tim ponuditeljima i njihovim sudjelovanjem u postupku javne nabave (činjenica da ponuditelji A i B imaju isti upravni odbor; činjenica da imaju isto društvo majku, koje nije sudjelovalo u postupku javne nabave; činjenica da ponuditelji A i B nisu obznanili svoje veze javnom naručitelju i nisu odvojeno dostavili dodatna pojašnjenja o tim vezama, među ostalim jer ih se o tome nije pitalo; činjenica da je ponuditelj A u svojoj ponudi dostavio kontradiktorne informacije o usklađenosti predloženih prijevoznih sredstava (vozila za prikupljanje otpada) s EURO V uvjetom iz poziva na nadmetanje; činjenica da ponuditelj koji je podnio ponudu s najnižom cijenom koja je odbijena zbog svojih nedostatnosti, prvo, nije osporavao odluku javnog naručitelja i, drugo, podnio je žalbu na odluku prvostupanjskog suda u kojoj je među ostalim [osporavao] zakonitost odbijanja njegove ponude; itd.) i kada, s obzirom na sve navedene okolnosti javni naručitelj nije ništa poduzeo, je li samo to dovoljno da se prihvati zahtjev upućen žalbenom tijelu da proglasi nezakonitim postupanje javnog naručitelja koji nije osigurao transparentnost i objektivnost postupka i nije zahtijevao od tužitelja da podnese konkretne dokaze o nepoštenom postupanju ponuditelja A i B?

   (b) ponuditelji A i B nisu dokazali javnom naručitelju da su stvarno i pošteno sudjelovali u postupku javne nabave samo zato što je ponuditelj B svojevoljno podnio izjavu o poštenom sudjelovanju, ponuditelj B je primijenio standarde kvalitetnog upravljanja za sudjelovanje u javnoj nabavi i, dodatno, ponude tih ponuditelja nisu bile formalno i suštinski jednake?

5. Može li se članak 101. UFEU-a i sudska praksa Suda kojom se tumači ta odredba u načelu primijeniti na ocjenu postupanja povezanih gospodarskih subjekata (koji imaju zajedničko društvo majku) koji odvojeno sudjeluju u istom postupku javne nabave čija vrijednost doseže onu međunarodne javne nabave, i kada sjedište javnog naručitelja koji je objavio javnu nabavu i mjesto gdje bi se usluge trebale pružati nisu jako udaljeni od druge države članice (Republika Latvija), s obzirom na, među ostalim, svojevoljno podnošenje izjave jednog od tih gospodarskih subjekata da će se pošteno sudjelovati u postupku?”

IV. Postupak pred Sudom i stajalište stranaka

24. Tajništvo Suda zaprimilo je zahtjev za prethodnu odluku 18. listopada 2016.

25. Pisana očitovanja podnijeli su centar za gospodarenje, VSA Vilnius, Ecoservice projektai UAB (ranije: ponuditelj B), litavska i češka vlada te Komisija. Sud je odlučio da nije potrebno održati raspravu.

26. Centar za gospodarenje nije se konkretno izjasnio o svakom od pet pitanja suda koji je uputio zahtjev, nego je samo ustvrdio da je upoznat s vezama koje postoje među ponuditeljima jer su one javnosti dobro poznate, te da prilikom donošenja svojih odluka ni u jednom trenutku nije bio doveden u zabludu.

27. Centar za gospodarenje navodi da je, neovisno o povezanosti među ponuditeljima, koja sama po sebi ne podrazumijeva nepostojanje tržišnog natjecanja, u predmetnom slučaju postojao niz objektivnih elemenata na temelju kojih je zaključio da se oni međusobno natječu.

28. U vezi s prvim pitanjem, sve stranke, osim VSA Vilnius, predlažu da se na njega odgovori niječno. Ukratko, tvrde da ni UFEU ni Direktiva 2004/18 ne priječe to da povezani poduzetnici podnesu ponude niti ne isključuju mogućnost da ponuditelj podnese više ponuda. Propisi Unije također ne predviđaju bilo kakav postupak u kojem bi se gospodarskim subjektima obznanio identitet drugih ponuditelja, što bi im omogućilo da provjere eventualne veze među njima i da o toj okolnosti upozore javnog naručitelja. Kad je riječ o načelima transparentnosti, jednakog postupanja i zabrane diskriminacije, navode da se ne mogu tumačiti na način da ponuditelji moraju na vlastitu inicijativu iskazati svoje uzajamne veze, ne dovodeći u pitanje to da trebaju pružiti podatke koje od njih može zahtijevati javni naručitelj.

29. Suprotno tomu, VSA Vilnius predlaže da se na prvo pitanje odgovori potvrdno, zbog čega ujedno zagovara prvu od pretpostavki iz drugog pitanja. Prema njegovu mišljenju, bilo bi neproporcionalno kada ponuditelji ne bi mogli dovesti u pitanje pretpostavku o dogovoru na temelju činjenice da njihove veze nisu obznanjene. Međutim, njihov izostanak djelovanja ili izostanak informacija u vezi s tim mogli bi se tumačiti, zajedno s ostalim pokazateljima ili drugim popratnim dokazima, kao potvrda djelovanja koje je u suprotnosti s tržišnim natjecanjem.

30. U vezi s drugom pretpostavkom iz drugog pitanja, Ecoservice projektai i litavska vlada priklanjaju se potvrdnom odgovoru te ističu obvezu javnog naručitelja da osigura materijalno poštovanje, a ne strogo formalno poštovanje načela iz članka 2. Direktive 2004/18.

31. VSA Vilnius tvrdi da javni naručitelj treba snositi rizik sudjelovanja povezanih ponuditelja samo ako, saznavši za postojanje te povezanosti drugim putem, ne donese mjere za provjeru okolnosti sudjelovanja tih ponuditelja.

32. Komisija smatra da, ako javni naručitelj ne uspije dokazati da je ponuditelj počinio teški profesionalni propust, on ne može onemogućiti njegovo sudjelovanje u postupku.

33. Stranke su treće, četvrto i peto pitanje ispitale zajedno.

34. Ecoservice projektai tvrdi da javni naručitelj treba zahtijevati podatke od ponuditeljâ samo ako ima razloga sumnjati u konkurentnost njihova sudjelovanja u postupku, pri čemu smatra da okolnosti iz četvrtog pitanja nisu dovoljne kako bi se djelovanje javnog naručitelja smatralo nezakonitim. Prema njegovu mišljenju, članak 101. UFEU-a ne opravdava ocjenu postupanja povezanih ponuditelja koji odvojeno sudjeluju u postupku.

35. VSA Vilnius se izjašnjava suprotno tomu. Konkretno, tvrdi da, u skladu sa sudskom praksom Suda, javni naručitelji trebaju aktivno sudjelovati u provedbi načelâ na kojima se temelji javna nabava. Ta obveza podrazumijeva dužnost obraćanja povezanim ponuditeljima u vezi s načinom na koji sudjeluju u postupku jer bi, u protivnom, teret dokazivanja o njihovim nepoštenim radnjama neopravdano snosili preostali ponuditelji. Prema njegovu mišljenju, obveza dokazivanja postojanja učinkovitog tržišnog natjecanja na povezanim je subjektima, ne dovodeći u pitanje obvezu javnog naručitelja da od njih zahtijeva da razjasne eventualne dvojbe u vezi s prirodom njihova sudjelovanja u postupku.

36. Litavska vlada smatra da je javni naručitelj dužan aktivno provjeravati odvija li se postupak transparentno. Kad je riječ o povezanim ponuditeljima, treba provjeriti utječe li ta povezanost na sadržaj njihovih odnosnih ponuda. Ako postoje objektivni elementi koji mogu dovesti u pitanje transparentnost postupka, javni naručitelj trebao bi analizirati sve relevantne okolnosti i od stranaka pravodobno zahtijevati podatke.

37. Ta vlada također smatra da bi, u slučaju nedonošenja mjera za osiguranje transparentnosti, djelovanje javnog naručitelja bilo nezakonito u dvama slučajevima: ako, znajući ili mogavši znati za sudjelovanje dvaju povezanih ponuditelja, nije donio mjere za osiguranje autonomnosti njihovih odnosnih ponuda i ako, unatoč tomu što je te mjere donio, kasnije ustvrdi da njegova radnja nije bila dostatna.

38. U konačnici, litavska vlada navodi da iz okolnosti spornog slučaja proizlazi da povezani ponuditelji čine „gospodarsku cjelinu" pa članak 101. UFEU-a nije primjenjiv.

39. Prema mišljenju češke vlade, postojanje veza među ponuditeljima samo po sebi nije dovoljno za opravdanje njihova isključenja iz postupka. Odlučujuće je to mogu li te veze utjecati na rezultat postupka, zbog čega bi javni naručitelj imao obvezu ispitati konkretnu situaciju ponuditeljâ. Ako je sekundarnim zakonodavstvom zajamčena zaštita tržišnog natjecanja u okviru ugovora o javnoj nabavi, nije potrebno uzeti u obzir članak 101. UFEU-a.

40. Komisija tvrdi da među podacima koje, u skladu s Direktivom 2004/18, javni naručitelj može zahtijevati od ponuditeljâ nije obznanjivanje njihovih veza s drugim ponuditeljima, iako je dužan provjeriti nepostojanje razloga za isključenje. Kad je riječ o sudskoj praksi Suda na koju se u svojem trećem i četvrtom pitanju pozvao sud koji je uputio zahtjev, Komisija smatra da ona nije relevantna za odgovor na postavljena pitanja.

41. Što se tiče članka 101. UFEU-a, Komisija tvrdi da se ne primjenjuje na usklađene sporazume ili djelovanja između matičnog društva i njegova društva kćeri, ili između društava kćeri iz iste zajednice, ni na matično društvo s odlučujućim utjecanjem na društva kćeri. Navodi da, u okolnostima ovog spora, ne dovodeći u pitanje odluku suda koji je uputio zahtjev, ponuditelji A i B čine gospodarsku cjelinu, zbog čega je isključena primjena te odredbe.

V. Ocjena

42. Pitanja Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud) mogu se grupirati kao što sam naveo na početku ovog mišljenja:

– s jedne strane (prvo i drugo pitanje), potrebno je odlučiti jesu li međusobno povezani ponuditelji koji podnose odvojene ponude dužni, u svakom slučaju, javnom naručitelju obznaniti tu okolnost i, ako je tako, koje bi posljedice imalo suprotno djelovanje;

– s druge strane (treće, četvrto i peto pitanje), potrebno je pojasniti kako se javni naručitelj – i, eventualno, sud koji preispituje njegove akte – treba ponašati ako zna da postoje značajne veze među određenim ponuditeljima.

A. Obveza ponuditeljâ da javnom naručitelju obznane svoju povezanost s drugim ponuditeljima (prvo i drugo pitanje)

43. Sud koji je uputio zahtjev prvenstveno želi saznati trebaju li međusobno povezani ponuditelji koji sudjeluju u postupku sklapanja ugovora o javnoj nabavi obznaniti tu okolnost „čak i ako [javni naručitelj] to od njih posebno ne zahtijeva [i] neovisno o tome je li ta obveza predviđena nacionalnim pravom u području javne nabave ili nije” [12].

44. Naravno, u okviru pitanja – i, općenito, u očitovanjima stranaka – iznosi se implicitna pretpostavka da nedvojbeno ne treba zabraniti to da međusobno povezani ponuditelji podnose vlastite ponude u postupcima te vrste. Tako je Sud ustvrdio u presudi Assitur [13], pri čemu ta pretpostavka nije sporna.

45. Na temelju te pretpostavke, obveza obznanjivanja tih veza nije navedena u Direktivi 2004/18 (kao ni u litavskom Zakonu o javnoj nabavi), oko čega se sve stranke također slažu.

46. Samo VSA Vilnius zagovara stajalište da ta obveza neizravno ili implicitno proizlazi iz potrebe obaranja pretpostavke da veze među ponuditeljima, zbog nedostatka autonomije koju podrazumijevaju, mogu ugroziti transparentnost postupaka javne nabave i narušiti tržišno natjecanje.

47. Pretpostavka VSA Vilnius u samom početku nailazi na ozbiljnu prepreku jer je Sud već istaknuo da upravo „načela transparentnosti i jednakog postupanja koja uređuju sve postupke javne nabave zahtijevaju da su materijalni i formalni uvjeti za sudjelovanje u postupku prethodno jasno definirani i javno objavljeni, osobito obveze koje terete ponuditelje, kako bi oni točno mogli poznavati uvjete natječaja i biti sigurni da isti zahtjevi vrijede za sve natjecatelje” [14].

48. Testu transparentnosti na koji se poziva Sud ne bi zadovoljio *zahtjev* (navodna obveza obznanjivanja veza među poduzetnicima) koji nije naveden u dokumentaciji za nadmetanje, koji nije predviđen nacionalnim zakonom niti sadržan u Direktivi 2004/18. Odgovor na prvo prethodno pitanje stoga bi bio da, u nedostatku izričite normativne odredbe (prava Unije ili nacionalnog prava), povezani ponuditelji nisu dužni obznaniti svoje veze javnom naručitelju.

49. Može li se tvrditi da, u skladu sa stajalištem VSA Vilnius [15], navedena obveza, iako nije izričita, proizlazi iz sudske prakse Suda u području ugovora o javnoj nabavi?

50. Sumnjam da je tomu tako, u mjeri u kojoj je navedena sudska praksa priznala da poduzetnici koji su članovi zajednice društava mogu uživati „određenu autonomiju u oblikovanju svoje trgovinske politike i gospodarskih djelatnosti, posebno kad je riječ o sudjelovanju na javnim natječajima” i biti „uređeni posebnim odredbama – primjerice u okviru ugovora – na temelju kojih se prilikom izrade ponuda, koje […] istodobno podnose u okviru istog postupka javne nabave, jamči neovisnost i povjerljivost” [16].

51. Smatram da iz tih tvrdnji proizlazi da, u izostanku izričitog obvezujućeg pravila, ako povezani poduzetnici svoje ponude smatraju samostalnima, isti ne trebaju nužno obavijestiti javnog naručitelja o svojim vezama.

12 Prvo pitanje, drugi podstavak, *in fine*

13 Presuda od 19. svibnja 2009., C-538/07, EU:C:2009:317, t. 28. „sustavno isključenje međusobno povezanih poduzetnika iz sudjelovanja u istom postupku sklapanja ugovora o javnoj nabavi bilo bi protivno učinkovitoj primjeni prava Zajednice. Naime, takvo bi rješenje znatno smanjilo tržišno natjecanje na razini Zajednice”. [neslužbeni prijevod]

14 Presuda od 2. lipnja 2016., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) t. 37.

15 Točka 18. njegovih pisanih očitovanja

16 Presuda od 19. svibnja 2009., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), t. 31.

52. Osim toga, kad bi se – u teoriji – prihvatio pristup VSA Vilnius, obveza se ne bi temeljila na navođenju u dokumentaciji za nadmetanje „*jasno* definiranog zahtjeva", kao što to zahtijeva Sud. Ta bi obveza u tom slučaju više ili manje proizlazila iz tumačenja prava Unije i, time, opravdanog poznavanja svih gospodarskih subjekata [17].

53. Problem bi se možda mogao razmotriti iz drugog kuta, navođenjem da je dokumentacija za nadmetanje u ovom predmetu na poseban način [18] zabranjivala da isti ponuditelj podnese alternativne ponude ili „varijante" [19].

54. Može li se na temelju te zabrane zaključiti da su ponuditelji A i B javnom naručitelju trebali obznaniti veze koje postoje među njima? Štoviše, jesu li trebali dokazati da su, bez obzira na njihovu povezanost, obje ponude samostalne i da se ne mogu smatrati alternativnima [20]?

55. Ta odredba iz dokumentacije za nadmetanje zapravo je u skladu s člankom 24. stavkom 2. Direktive 2004/18, koji se primjenjuje na ugovore o javnim uslugama, prema kojem „[j]avni naručitelji moraju navesti u pozivu na nadmetanje dopuštaju li ili ne varijante: varijante nisu dopuštene bez ovog navoda" [21]. Stoga treba smatrati da su alternativne ponude ili varijante, u načelu [22], isključene osim ako ih u određenim ugovorima javni naručitelj priznaje.

56. Međutim, teško mi je prihvatiti da iz zabrane dostave varijanata, bez obzira na to je li ona predviđena dokumentacijom za nadmetanje (kao u ovom slučaju) ili ne, proizlazi implicitna obveza za povezane ponuditelje da javnom naručitelju nužno obznane svoje veze.

57. Ta bi zabrana u najboljem slučaju obvezivala povezane ponuditelje da istaknu da njihova ponuda nije tek puka varijanta ili alternativa ponude drugog natjecatelja. Stoga se ne bi radilo o ispunjenju općenite obveze obznanjivanja njihova statusa povezanih poduzetnika jer u pravu Unije ne postoji obveza te vrste. Direktiva 2004/18 načelno ne onemogućava sudjelovanje povezanih gospodarskih subjekata u istom postupku javne nabave, osim ako „postoji stvaran rizik od nastanka prakse koja može ugroziti transparentnost i narušiti tržišno natjecanje među ponuditeljima" [23].

58. U skladu s tom argumentacijom, odredba o zabrani varijanata predviđena dokumentacijom za nadmetanje samo bi u tim ekstremnim slučajevima podrazumijevala potrebu da ponuditelji javnom naručitelju obznane svoje veze kako bi se otklonio taj rizik.

59. Međutim, proizlazi da je iz takvog tumačenja Direktive 2004/18 moguće izvesti malo praktičnih zaključaka za rješavanje spora, i to iz dvaju razloga.

60. Kao prvo, u svojoj samoinicijativnoj izjavi pod prisegom, ponuditelj B naveo je da u postupku javne nabave sudjeluje samostalno i neovisno o svim drugim gospodarskim subjektima koji bi mogli biti povezani s njime te je od centra za gospodarenje zahtijevao da sve druge ponuditelje smatra natjecateljima. U ovom je predmetu nevažno što se u toj izjavi nije izravno pozvao na ponuditelja A, s

17 Na kriterij razumno obaviještenog ponuditelja koji djeluje s uobičajenom pažnjom pozvao se Sud, primjerice, u presudi od 4. prosinca 2003., EVN i Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651), t. 57.

18 Vidjeti t. 14. ovog mišljenja. Sud koji je uputio zahtjev na tu se zabranu poziva u t. 18. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku (prema francuskoj verziji tog dokumenta).

19 U vezi s alternativnim ponudama ili varijantama, osobito vidjeti Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, sv. 1., Sweet & Maxwell, London, 3. izd., 2014., 7246. – 7251.

20 Kao što tvrdi Sánchez Graells, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2. izd., 2015., str. 341., osnovno je pravilo u tom području zabrana višestrukih ponuda jednog subjekta. Posljedica je tog pravila da se navedena zabrana odnosi na subjekte koji pripadaju istoj grupi.

21 U skladu sa stavkom 1. tog članka, varijante se mogu dostaviti samo ako je kriterij za odabir ponude ekonomski najpovoljnija ponuda.

22 Vidjeti Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, *op. cit.* 7. – 247.

23 Presuda od 19. svibnja 2009., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), t. 30.

obzirom na to da je, prema tvrdnjama centra za gospodarenje [24], povezanost između obaju društava bila javno poznata. Prema mojem mišljenju, važno je to da se može smatrati da je ponuditelj B isticanjem samostalnosti svoje ponude pokušavao poštovati odredbu iz dokumentacije koja je isključivala dostavu alternativnih ponuda.

61. Kao drugo, cilj obznanjivanja centru za gospodarenje je taj da isti bude upoznat s vezama među ponuditeljima, kako bi s više pažnje proučio njihove ponude i utvrdio moguća usklađena djelovanja. Ako, kao što sam već istaknuo, sâm centar za gospodarenje priznaje da je, u ovom slučaju, bio upoznat s tim vezama zbog njihove dobre poznatosti, i da je bez poteškoća ocijenio da su se oba subjekta, podnošenjem svojih ponuda (koje su se razlikovale u pogledu sadržaja), stvarno natjecala [25], obznanjivanje nije bilo potrebno.

62. Neovisno o ovim konkretnim okolnostima, koje su uvelike povezane s činjenicama, smatram da bi, za potrebe ovog predmeta, takvo tumačenje Direktive 2004/18 bilo pomalo zamršeno, do te mjere da ne bi bilo u skladu s jasnoćom koju sudska praksa Suda zahtijeva prilikom definiranja materijalnih i formalnih uvjeta za sudjelovanje u postupku javne nabave [26].

63. Stoga kao odgovor na prvo prethodno pitanje predlažem da članke 45. i 56. UFEU-a i članak 2. Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da, u nedostatku izričitog pravila ili posebnog utvrđenja u odredbama koje uređuju taj postupak, povezani ponuditelji koji podnose odvojene ponude ne trebaju obznaniti svoje veze javnom naručitelju.

64. Kad je riječ o drugom pitanju, odgovor proizlazi iz prvog pitanja. U tom istom slučaju (nedostatak izričite odredbe ili posebnog utvrđenja u odredbama koje uređuju postupak javne nabave), sâm javni naručitelj, kao što tvrdi sud koji je uputio zahtjev, „treba snositi rizik sudjelovanja tih povezanih gospodarskih subjekata i rizik posljedica koje iz toga proizlaze”.

65. Međutim, ja ne bih govorio o *snošenju rizika* javnog naručitelja, nego o njegovoj obvezi jamstva jednakog postupanja prema ponuditeljima i transparentnost postupka. Po ispunjenju te obveze, treba spriječiti da sudjelovanje povezanih ponuditelja ide na štetu drugih i narušava obvezno tržišno natjecanje među svima. To se, prema njegovim riječima, dogodilo u ovom slučaju.

B. Obveze javnog naručitelja po pitanju povezanosti među ponuditeljima (treće, četvrto i peto pitanje)

66. Slažem se s Komisijinim stajalištem da je na treće, četvrto i peto pitanje moguće odgovoriti zajedno, iako se preoblikovanje koje predlažem u potpunosti ne podudara s njezinim [27].

67. Prema mojem mišljenju, sud koji je uputio zahtjev tim pitanjima želi saznati treba li javni naručitelj, u okolnostima poput onih o kojima je riječ u glavnom postupku, od povezanih ponuditelja zahtijevati da dokažu da njihova situacija nije protivna načelu tržišnog natjecanja. Dvojba se proteže na to je li nečinjenje javnog naručitelja dovoljno kako bi se njegovo djelovanje u postupku proglasilo nezakonitim.

24 Točka 2. njegova podneska s pisanim očitovanjima

25 Točka 4. njegova podneska s pisanim očitovanjima

26 Ponovno upućujem na presudu od 2. lipnja 2016., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) t. 37.

27 Komisija predlaže da se tri pitanja preoblikuju na način da „nacionalni sud pokušava utvrditi primjenjuje li se članak 101. UFEU-a na ovaj predmet i trebaju li se članak 101. UFEU-a (u slučaju njegove primjene), odredbe iz direktiva 89/665/EZ i 2004/18/EZ i sudska praksa, konkretno presude eVigilo, Eturas i VM Remonts, tumačiti na način da javni naručitelj i dalje treba ispitivati postojanje veza među dvama ponuditeljima u slučaju kakav je onaj koji ispituje nacionalni sud” (točka 42. Komisijina podneska s pisanim očitovanjima).

68. Kao što sam već istaknuo, neosporno je ne samo to da su ponuditelji A i B bili međusobno povezani pravni subjekti, nego i to da je centru za gospodarenje ta povezanost bila dobro poznata (razlog zbog kojeg je smatrao da od njih ne treba zahtijevati da se izjasne po tom pitanju).

69. Štoviše, čini se da sve ukazuje na to da ta dva ponuditelja, A i B, čine gospodarsku cjelinu zbog njihova statusa društava kćeri istog matičnog društva u okolnostima u kojima je moguće pretpostaviti da potonje društvo izvršava odlučujući utjecaj nad obama [28]. Ako je tako, to je, kao što je navela većina stranaka, dovoljno za zaključak da članak 101. UFEU-a nije primjenjiv u ovom predmetu.

70. Naime, poznato je da se, u skladu sa sudskom praksom Suda, taj članak ne primjenjuje kada sporazume ili djelovanja koje zabranjuje provode poduzetnici koji čine gospodarsku cjelinu [29].

71. Tržišno natjecanje koje se želi zaštititi u području postupaka javne nabave nije u tolikoj mjeri ono (opće) unutarnjeg tržišta među neovisnim gospodarskim subjektima koliko ono (specifičnije) koje treba biti uspostavljeno u okviru postupaka za sklapanje ugovora o javnoj nabavi [30]. S tog potonjeg aspekta, ono što je doista važno jest samostalnost i *stvarna* različitost odnosnih ponuda (koje će javnom naručitelju olakšati odabir one koja najbolje odgovara javnim interesima), neovisno o tome jesu li gospodarski subjekti neovisni natjecatelji ili su pak međusobno povezani. Iz tog slijedi da, kao što to ističe češka vlada [31], temelj zaštite tržišnog natjecanja u okviru postupaka javne nabave prvenstveno treba tražiti u sekundarnom zakonodavstvu; u ovom slučaju, u Direktivi 2004/18 [32].

72. Međutim, neprimjenjivost članka 101. UFEU-a na predmetni slučaj ne znači da je nevažna sudska praksa na koju se sud koji je uputio zahtjev pozvao u svojem trećem i četvrtom prethodnom pitanju.

73. Naime, iako se predmet eVigilo [33] odnosio na sukob interesa između javnog naručitelja i stručnjakâ koji su ocjenjivali podnesene ponude, Sud je tada iznio načelnu tvrdnju koja se može primijeniti na ovaj predmet. Ustvrdio je da, u slučaju objektivnih dokaza koji dovode u sumnju nepristranost stručnjaka, „na tom javnom naručitelju jest da ispita sve relevantne okolnosti u kojima je donio odluku o dodjeli ugovora kako bi spriječio, otkrio i otklonio sukob interesa, uključujući i, ovisno o slučaju, da od stranaka zahtijeva da dostave određene informacije i dokaze” [34].

74. Sud podsjeća da je ta obveza posljedica „aktivne uloge” koja je javnom naručitelju dana za primjenu načela u provedbi postupka javne nabave, upravo kako bi se prema gospodarskim subjektima ponašao jednako i djelovao transparentno, kao što je propisano člankom 2. Direktive 2004/18 [35]. Riječ je o dužnosti – kao što to navodi Sud – „koja odgovora samoj biti direktiva o postupcima provedbe javne nabave (vidjeti presudu Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, t. 45.)” [36].

28 Vidjeti, među ostalim, presudu od 16. lipnja 2016., Evonik Degussa i AlzChem/Komisija (C-155/14 P, EU:C:2016:446), t. 28.

29 U tom smislu vidjeti presudu od 4. svibnja 1989., Bodson (30/87, EU:C:1988:225), t. 19. i presudu od 11. travnja 1989., Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140), t. 35.

30 Logično je da do radnji koje uključuju sklapanje sporazuma može doći među nepovezanim poduzetnicima koja upravo, žele narušiti tržišno natjecanje u postupcima javne nabave dogovorom o tome da se ne prijave ili da to učine pod uvjetima koje su nezakonito dogovorili među sobom.

31 Točka 10. njezina mišljenja

32 Ta direktiva, kao što sam već istaknuo, načelno ne onemogućava sudjelovanje povezanih ponuditelja.

33 Presuda od 12. ožujka 2015., C-538/13, EU:C:2015:166

34 Presuda od 12. ožujka 2015., eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166), t. 44.

35 *Ibidem*, t. 42.

36 *Ibidem*, t. 43.

75. Kad je riječ o presudama Eturas i dr.[37] i VM Remonts i dr.[38], kao što to Komisija pravilno ističe[39], one se odnose na dogovor o cijenama među neovisnim poduzetnicima i na odgovornost ponuditelja za radnje neovisnog isporučitelja koji mu je pružao usluge. Unatoč tomu, neke od tvrdnji iz tih presuda u vezi s dokazivanjem radnji koje uključuju sklapanje sporazuma mogu biti korisne za ovaj predmet.

76. Primjerice, u prvoj se navodi da „načelo djelotvornosti zahtijeva da dokaz o povredi tržišnog natjecanja prava Unije mogu činiti ne samo izravni dokazi već i indicije, pod uvjetom da su objektivne i podudarne"[40]. U drugoj se pak navodi da, u slučaju nepostojanja pravila Unije u području dokazivanja, „pravila koja uređuju ocjenu dokaza i potrebnu razinu dokazivanja […] spadaju u procesnu autonomiju država članica"[41].

77. Prenoseći tu sudsku praksu na okolnosti o kojima je riječ u glavnom postupku, ako javni naručitelj uoči da u postupku sudjeluju povezani subjekti, „aktivna uloga" koja se od njega očekuje, kao jamstvo učinkovitog tržišnog natjecanja među ponuditeljima, obično ga treba navesti da osigura autonomiju njihovih ponuda[42].

78. Ukratko, takva bi prevencija bila samo jedna od mjera usmjerenih na to da [javni naručitelj] „ispita sve relevantne okolnosti […] kako bi spriječio, otkrio i otklonio sukob interesa, uključujući i, ovisno o slučaju, da od stranaka zahtijeva da dostave određene informacije i dokaze"[43].

79. Međutim, u slučajevima poput ovog javni naručitelj će moći zanemariti obznanjivanje od strane povezanih ponuditelja kojim, u skladu s pitanjem suda koji je uputio zahtjev, „razjašnjavaju je li i na koji način njihova osobna situacija spojiva sa slobodnim i poštenim tržišnim natjecanjem među ponuditeljima". Jasno, „ovisno o slučaju, […] zahtijeva[nje] [od stranaka] da dostave određene informacije i dokaze" može biti relevantno ako javnom naručitelju informacije i dokazi kojima raspolaže nisu dovoljne kako bi ocijenio mogućnost da ponude nisu samostalne i da narušavaju tržišno natjecanje.

80. Stoga nije toliko važno da javni naručitelj od povezanih ponuditelja zahtijeva podatke u vezi s njihovim odnosima i zanima se za njihovo stajalište o zaštiti načela tržišnog natjecanja među ponuditeljima. Više je odlučujuće to da javni naručitelj može isključiti da istodobno sudjelovanje tih povezanih subjekata ne podrazumijeva opasnost za tržišno natjecanje. Do tog zaključka, naravno, može doći tako da od njih zahtijeva te podatke ili to stajalište, ali i upotrebom već dostupnih podataka u postupku i, stoga, bez potrebe obraćanja ponuditeljima.

81. Sudska praksa Suda je i to da „pitanje je li sporni odnos nadzora utjecao na odnosni sadržaj ponuda koje su dostavili poduzetnici o kojima je riječ u okviru istog postupka javne nabave zahtijeva ispitivanje i ocjenu činjenica koje trebaju provesti javni naručitelji"[44].

37 Presuda od 21. siječnja 2016., C-74/14, EU:C:2016:42

38 Presuda od 21. srpnja 2016., C-542/14, EU:C:2016:578

39 Točke 46. i 47. njezinih pisanih očitovanja

40 Presuda od 21. siječnja 2016., Eturas i dr. (C-74/14, EU:C:2016:42), t. 37.

41 Presuda od 21. srpnja 2016., VM Remonts i dr. (C-542/14, EU:C:2016:578), t. 21.

42 Zbog različitosti ponuda povećat će se natjecateljski pritisak među ponuditeljima tako da će se svaku od njih ostali zapravo moći „pobijati" (da upotrijebim izraz svojstven pravu tržišnog natjecanja), a ugovor će se dodijeliti onomu koji to zaslužuje vlastitim zaslugama.

43 Presuda od 12. ožujka 2015., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), t. 44.

44 Presuda od 19. svibnja 2009., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), t. 32.

82. Međutim, kao što je centar za gospodarenje naveo u svojem podnesku s pisanim očitovanjima, ispitivanje i ocjena činjenica koje je proveo navodi ga na tvrdnju da je, s obzirom na to da je znao za povezanost između ponuditelja A i B zbog njezine dobre poznatosti, mogao isključiti da njihove odnosne ponude nisu konkurentne na temelju niza objektivnih dokaza:

– činjenica da je jedan od povezanih ponuditelja samoinicijativno naveo da je njegova ponuda neovisna, predstavljala je „pošteno ponašanje koje je u skladu s odredbama" nacionalnog zakonodavstva;

– ponude povezanih ponuditelja su se i formalno i materijalno razlikovale;

– ponuda ponuditelja A odbijena je „potpuno neovisno o njegovoj volji, odnosno na inicijativu javnog naručitelja" [45].

83. Na temelju podataka kojima je raspolagao, centar za gospodarenje smatrao je da ne postoji rizik od narušavanja tržišnog natjecanja među ponuditeljima A i B. Dodao je da je, za slučaj da je uočio da „njihovo ponašanje ukazuje na to da oni ne žele da im se dodjeli ugovor o javnoj nabavi", ta okolnost „mogla predstavljati naznaku na temelju koje bi djelovao kako bi istražio njihove veze i smatrao da njihovo ponašanje u okviru postupka javne nabave eventualno predstavlja usklađeni sporazum" [46].

84. Može se raspravljati o tome jesu li podaci kojima je raspolagao centar za gospodarenje bili dovoljni kako bi se isključila moguća opasnost za tržišno natjecanje među ponuditeljima, ali se radi o ocjeni koju u svakom slučaju treba provesti on, pod daljnjim nadzorom nacionalnog suda koji, ako je to pozvan učiniti, preispituje njegove odluke.

85. Smatram da Sud ne treba posredovati u sporu o većoj ili manjoj dokaznoj vrijednosti koju treba pripisati naznakama koje sud koji je uputio zahtjev navodi u točkama (a) i (b) svojeg četvrtog pitanja. Riječ je o ocjeni činjeničnih okolnosti i vrijednosti dokaznih elemenata u postupku o kojem isključivo odlučuje sud koji je uputio zahtjev u skladu s pravilima razumne ocjene te primjenjujući svoje nacionalne propise u području dokazivanja [47].

86. Vraćajući se pak na pitanje treba li se javni naručitelj nužno obratiti povezanim subjektima na već opisan način, smatram da na njega treba odgovoriti niječno, kako općenito tako i u ovom konkretnom slučaju. Sve ovisi o dostatnosti ili nedostatnosti dostupnog dokaznog materijala i, stoga, objektivnoj usklađenosti odluke javnog naručitelja, koja treba omogućiti pristup postupku javne nabave povezanih ponuditelja, a o kojoj se u konačnici mora očitovati sud.

45 Točka 4. podneska s pisanim očitovanjima centra za gospodarenje

46 Točka 6. podneska s pisanim očitovanjima javnog naručitelja. U toj istoj točki dodaje da su zabranjeni sporazumi mogući ne samo među povezanim subjektima, nego i među onima koji se formalno natječu, ali sklapaju sporazume koji su zabranjeni pravom tržišnog natjecanja.

47 Upućujem na presudu od 21. srpnja 2016., VM Remonts i dr. (C-542/14, EU:C:2016:578), navedenu u t. 76.

VI. Zaključak

87. Uzimajući u obzir ranije navedeno, predlažem Sudu da Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud, Litva) odgovori na sljedeći način:

„Članke 45. i 56. UFEU-a i članak 2. 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, treba tumačiti na način da, u okolnostima poput onih u glavnom postupku:

1. U nedostatku izričitog pravila ili posebne odredbe u dokumentaciji za nadmetanje koja uređuje uvjete sklapanja ugovora o uslugama, povezani ponuditelji koji podnose odvojene ponude u istom postupku ne trebaju nužno obznaniti svoje veze javnom naručitelju.

2. Javni naručitelj obvezan je od tih ponuditelja zahtijevati podatke koje smatra potrebnima ako, s obzirom na elemente ocjene navedene u spomenutom postupku, postoje dvojbe u vezi s time da njihovo istodobno sudjelovanje može ugroziti transparentnost i narušiti tržišno natjecanje među onima koji se natječu za pružanje usluge.”