Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
ELEANOR SHARPSTON
od 1. prosinca 2016.[1]

Predmet C-298/15

UAB „Borta“

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

„Javna nabava – Kriteriji za kvalitativni odabir – Zahtjev da uspješni ponuditelj sam izvrši ‚glavni posao' – Dokaz stručne sposobnosti – Ponuda koju je podnijela zajednica subjekata – Zahtjev da sudjelovanje svakog partnera bude proporcionalno njegovu doprinosu prilikom dokazivanja stručne sposobnosti – Postupak javne nabave – Izmjene dokumentacije za nadmetanje tijekom postupka – Načela jednakog postupanja i transparentnosti“

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud Litve) odnosi se na dokumentaciju za nadmetanje u postupku javne nabave radova za izgradnju gata u luci Klaipėda (Litva). Ta dokumentacija za nadmetanje sadržava odredbe o ponudama koje podnose partnerske zajednice ponuditelja. Njima se od svakog partnera traži *izvršenje* proporcionalnog dijela ugovora koji odgovara njegovu udjelu u stručnoj sposobnosti partnerstva u trenutku *dodjele* ugovora o javnoj nabavi. Sud koji je uputio zahtjev izražava sumnju u to je li takav zahtjev u skladu s propisima o udruživanju stručnih sposobnosti na temelju europskog prava javne nabave. Budući da je sporna dokumentacija za nadmetanje objavljena nekoliko tjedana nakon objave poziva na nadmetanje, sud koji je uputio zahtjev također traži odgovor o tome može li (i ako da, u kojim slučajevima) javni naručitelj mijenjati dokumentaciju za nadmetanje tijekom postupka javne nabave. Nadalje, po službenoj dužnosti također postavlja pitanje isključuje li europsko pravo javne nabave odredbu litavskog zakona kojom se u kontekstu ugovora o javnim radovima zabranjuje podugovaranje „glavnog posla“.

2. Prvi problem javlja se u pogledu nadležnosti Suda za davanje odgovora na ova pitanja. Sud koji je uputio zahtjev izražava svoje dvojbe u kontekstu Direktive 2004/17/EZ[2]. Međutim, nije sporno da je procijenjena vrijednost dotičnog ugovora o javnoj nabavi niža od propisanog praga i da se ta direktiva ne primjenjuje u glavnom postupku. Je li ta direktiva na temelju litavskog prava postala izravno i bezuvjetno primjenjiva na ugovor? Ako jest, prema ustaljenoj sudskoj praksi Sud je nadležan tumačiti mjerodavne odredbe te direktive. S druge strane, ako dotični ugovor uključuje jasan prekogranični interes, njegova dodjela podliježe temeljnim pravilima i općim načelima UFEU-a (poglavito načelima slobodnog kretanja, navedenima u člancima 49. i 56. UFEU-a) pa je Sud sudu koji je uputio zahtjev dužan pružiti korisne upute.

1 — Izvorni jezik: engleski

2 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga (SL 2004., L 134, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 43.). Relevantna inačica te direktive posljednji je put izmijenjena Uredbom Komisije (EU) br. 1336/2013 od 13. prosinca 2013. (SL 2013., L 335, str. 17.).

Pravni okvir

Pravo Unije

3. Uvodna izjava 9. Direktive 2004/17 navodi kako slijedi:

„Kako bi se zajamčilo otvaranje ugovora o javnoj nabavi tržišnom natjecanju, a koje sklapaju subjekti koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga, potrebno je izraditi propise za usklađivanje ugovora iznad određene vrijednosti na razini Zajednice. To se usklađivanje temelji na zahtjevima koji se mogu zaključiti iz članaka 14., 28. i 49. Ugovora o osnivanju Europske zajednice i iz članka 97. Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju, i to na načelu jednakog tretmana, čije je načelo nediskriminacije samo određeniji izraz, načelu uzajamnog priznavanja, načelu razmjernosti, kao i načelu transparentnosti. S obzirom na prirodu sektora na koje se to usklađivanje odnosi, ono bi trebalo uspostaviti okvir za dobru trgovinsku praksu i omogućiti maksimalnu fleksibilnost uz istodobno osiguranje primjene tih načela.

[…]“

4. Uvodnom izjavom 43. savjetuje se uključivanje odredbi o podizvođenju s ciljem poticanja uključenja malih i srednjih poduzeća u tržište ugovora o javnoj nabavi.

5. Članak 10. navodi da „[n]aručitelji postupaju s gospodarskim subjektima na jednak i nediskriminirajući način te djeluju transparentno“.

6. Članak 11. stavak 2. navodi kako slijedi:

„Zajednice gospodarskih subjekata mogu dostaviti ponude ili se mogu predložiti za natjecatelje. Naručitelji ne smiju od tih zajednica zahtijevati da poprime određeni pravni oblik kako bi mogle podnijeti ponudu ili zahtjev za sudjelovanje; međutim, to se može tražiti od odabrane zajednice kada je sklopljen ugovor u onoj mjeri u kojoj je ta promjena potrebna za zadovoljavajuće izvršavanje ugovora.“

7. Članak 37. („Podizvođenje“) navodi kako slijedi:

„U ugovornim dokumentima naručitelj može zahtijevati, ili država članica može tražiti od njega da zahtijeva, da ponuditelj u svojoj ponudi navede dio ugovora koji namjerava dati u podugovor trećim stranama i sve predložene podizvoditelje. Ovaj navod ne utječe na pitanje odgovornosti glavnoga gospodarskog subjekta.“

8. Na temelju članka 38. („Uvjeti za izvršenje ugovora“):

„Naručitelji mogu odrediti posebne uvjete vezane za izvršenje ugovora, pod uvjetom da su oni u skladu s pravom Zajednice i da se navedu u obavijesti koja se koristi kao sredstvo poziva na nadmetanje ili u specifikacijama. Uvjeti kojima se uređuje izvršenje ugovora mogu se, posebno, odnositi na socijalne i ekološke aspekte.“

9. Članak 53. („Sustavi kvalifikacije“) osobito navodi:

„1. Naručitelji koji to žele mogu uspostaviti i voditi sustav kvalifikacije gospodarskih subjekata.

[…]

2. Sustav iz stavka 1. može uključivati različite faze kvalifikacije.

On se vodi na temelju objektivnih kriterija i pravila za kvalifikaciju koje utvrđuje naručitelj.

[…]

5. U slučajevima kada kriteriji i pravila za kvalifikaciju iz stavka 2. uključuju zahtjeve koji se odnose na tehničke i/ili stručne sposobnosti gospodarskog subjekta, on se može, ako je potrebno, osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu narav veze između njega i tih subjekata. U tom slučaju gospodarski subjekt mora naručitelju dokazati da će mu ti resursi biti na raspolaganju tijekom čitavog razdoblja valjanosti sustava kvalifikacije, primjerice prihvaćanjem obveze drugih subjekata da će te resurse staviti na raspolaganje gospodarskom subjektu.

Pod istim uvjetima, zajednica gospodarskih subjekata iz članka 11. može se osloniti na sposobnost članova zajednice ili drugih subjekata.

[…]“

Litavsko pravo

10. Člankom 2. stavkom 29. Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymasa (Zakon o javnoj nabavi Republike Litve, u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi) dobavljač se u općem smislu definira kao gospodarski subjekt – bilo fizička ili pravna osoba privatnog ili javnog prava, neka druga organizacija ili njihove podružnice, bilo skupina takvih osoba – koji je sposoban ponuditi ili nudi robu, usluge i radove.

11. Na temelju članka 24. stavka 5. Zakona o javnoj nabavi, dokumentacijom za nadmetanje od natjecatelja ili ponuditelja može se zahtijevati da u svojoj ponudi navede svakog predloženog podizvoditelja i udio u ugovoru koji mu se namjerava podugovoriti. Međutim, u slučaju da se za izvođenje ugovorenih radova angažiraju podizvoditelji, glavni posao koji određuje javni naručitelj mora izvršiti dobavljač.

12. Na temelju članka 27. stavka 4. Zakona o javnoj nabavi, javni naručitelj može na vlastitu inicijativu u bilo kojem trenutku prije isteka roka za podnošenje ponuda objaviti pojašnjenje dokumentacije za nadmetanje.

13. Članak 32. stavak 3. Zakona o javnoj nabavi navodi da se, kada je to nužno u specifičnom kontekstu nadmetanja, dobavljač može osloniti na sposobnost drugih gospodarskih subjekata, bez obzira na prirodu njihova pravnog odnosa. U tom slučaju dobavljač mora javnom naručitelju dokazati da će mu ti resursi biti na raspolaganju za izvršenje ugovora. Zajednica gospodarskih subjekata može se pod istim uvjetima osloniti na sposobnosti članova zajednice ili sposobnosti drugih gospodarskih subjekata.

Činjenično stanje, postupak i upućena pitanja

14. Uprava VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Nacionalna lučka uprava u Klaipėdi; u daljnjem tekstu: Lučka uprava), litavsko javno trgovačko društvo, objavila je 2. travnja 2014. poziv na nadmetanje u otvorenom postupku javne nabave za „Građevinske radove na ‚Rekonstrukciji gatova br. 67 i 68. 1. faza‘“. Isti poziv na nadmetanje objavljen je i u *Službenom listu Europske unije* 5. travnja 2014. [3].

3 — SL 2014., S 68-117458

15. U stavku 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje nalazio se sljedeći uvjet: „Prosječni godišnji obujam radova dobavljača koja se odnosi na glavne radove na izgradnji i postavljanju (izgradnji i postavljanju lučkog gata) u posljednjih pet godina ili u razdoblju od osnivanja dobavljača (u slučaju kada dobavljač posluje manje od pet godina) mora odgovarati vrijednosti od najmanje LTL 5 000 000 (1 448 100,09 eura) bez PDV-a."

16. Stavkom 4.2.3. dokumentacije za nadmetanje tražilo se da svaka ponuda „specificira obveze partnera u ugovoru o zajedničkom pothvatu koje se odnose na provedbu ugovora kao i postotni iznos tih obveza i navod da se raspodjela obujma usluga primjenjuje isključivo na partnere i ne stvara nikakve obveze za kupca (javnog naručitelja)".

17. Izvorna inačica stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje navodi sljedeće:

„Kada ponudu podnose dobavljači koji djeluju u okviru ugovora o zajedničkom pothvatu, uvjete iz [stavka 3.2.1.] mora zadovoljavati najmanje jedan partner uključen u zajedničke aktivnosti ili svi uključeni partneri. […] Sukladno članku 24. stavku 5. [Zakona o javnoj nabavi], [Lučka uprava] navodi da glavni posao obuhvaća točku 1.2.8. poglavlja Izgradnja u Troškovniku pa ga mora izvršiti sam dobavljač"[4].

18. Lučka uprava po službenoj dužnosti izdala je prvu izmjenu stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje od 24. travnja 2014. Ta nova inačica, objavljena u *Službenom listu Europske unije*, posebno navodi da, u slučaju da ponudu daju dobavljači na temelju ugovora o zajedničkom pothvatu, svaki partner uključen u zajedničke aktivnosti mora zadovoljavati najmanje 50% zahtjeva prema stavku 3.2.1. Zbog te izmjene Lučka uprava produljila je rok za podnošenje ponuda.

19. UAB Borta, društvo s ograničenom odgovornošću osnovano u skladu s litavskim pravom, osporilo je 3. svibnja 2014. navedenu izmjenu pred Lučkom upravom. Slijedom toga, Lučka uprava rješenjem od 9. svibnja 2014. drugi je put izmijenila stavak 4.3. dokumentacije za nadmetanje[5]. Nova (konačna) inačica ovog stavka navodi sljedeće:

„Kad ponudu podnose dobavljači u sklopu ugovora o zajedničkom pothvatu, uvjete iz stavka 3.2.1. […] mora zadovoljavati najmanje jedan partner uključen u zajedničke aktivnosti ili svi partneri koji djeluju u okviru ugovora o zajedničkom pothvatu koji su sklopili. Sudjelovanje partnera (obujam obavljenih radova) na temelju ugovora o zajedničkom pothvatu mora biti proporcionalno njegovu sudjelovanju kojim se zadovoljava uvjet iz stavka 3.2.1. […] i obujmu radova koje će partner stvarno izvršiti u slučaju uspješne ponude (provedba ugovora).[6] […] Na temelju članka 24. stavka 5. [Zakona o javnoj nabavi], [Lučka uprava] navodi da glavni posao obuhvaća točku 1.2.8. poglavlja Izgradnja u Troškovniku te ga mora izvršiti sam dobavljač".

20. Zbog te zadnje izmjene, koja je objavljena u *Službenom listu Europske unije*, rok za podnošenje ponuda drugi je put produljen i određen za 12. lipnja 2014.

21. Borta je 12. lipnja 2014. predala ponudu u kojoj je ponudila izvršenje predmetnih radova po cijeni od 4 761 460 eura izraženoj u LTL. Ta je ponuda bila najviša[7].

4 — Sud koji je uputio zahtjev objašnjava da se glavni posao, među ostalim, sastoji od izgradnje zida od valovitih čeličnih ploča na pozicijskim nosačima.

5 — Naručitelj je istodobno po službenoj dužnosti malo izmijenio i stavak 4.2.3. dokumentacije za nadmetanje. Međutim, ta izmjena dokumentacije za nadmetanje nije predmet glavnog postupka.

6 — Za ovaj potonji uvjet upotrebljavat ću izraz „uvjet usklađenosti". „Obujam radova" vjerojatno se mjeri u novcu.

7 — Vrijednost ponude odabranog ponuditelja iznosila je oko 3 168 400 eura u protuvrijednosti u LTL.

22. Međutim, Borta je pobijala konačnu inačicu stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje pred Lučkom upravom i, nakon što je njezin prigovor odbijen, pred Klaipėdos apygardos teismasom (Okružni sud u Klaipėdi). Okružni sud u Klaipėdi odbacio je tužbu 18. kolovoza 2014. Borta se žalila protiv te odluke pred Lietuvos apeliacinis teismasom (Žalbeni sud Litve), koji je žalbu odbio 13. studenoga 2014. Oba su suda u biti smatrala da je sporna dokumentacija za nadmetanje opravdana samom prirodom predmeta nabave i njegova značaja za javni interes te da solidarna odgovornost partnera prema Lučkoj upravi nije sama po sebi jamčila uspješnu realizaciju ugovora o javnoj nabavi. Osim toga, sudovi su odbili i tvrdnju da su naknadne promjene dokumentacije za nadmetanje nezakonite, s obzirom na to da je člankom 27. stavkom 4. Zakona o javnoj nabavi Lučkoj upravi bilo izrijekom dopušteno dati objašnjenje dokumentacije za nadmetanje.

23. Borta je u pogledu pravnih pitanja protiv presude Lietuvos apeliacinis teismasa (Žalbeni sud Litve) podnijela žalbu pred Lietuvos Aukščiausiasis Teismasom (Vrhovni sud Litve), koji je prekinuo postupak i zatražio prethodnu odluku o sljedećim pitanjima:

„1. Treba li članke 37., 38., 53. i 54. Direktive 2004/17 razumijevati i tumačiti, bilo zajedno ili odvojeno (ali bez ograničavanja na te odredbe), na način da im:

(a) je protivno nacionalno pravilo prema kojem ponuditelj mora obaviti glavne radove kako ih je odredio javni naručitelj kada se koristi podizvođačima da bi izvršio ugovor o radovima?[8]

(b) je protivan plan određen u dokumentaciji za nadmetanje kojim se dopušta grupiranje profesionalnih kapaciteta ponuditelja, poput onog koji je utvrdio javni naručitelj u spornoj dokumentaciji za nadmetanje, zahtijevajući da dio koji se odnosi na profesionalne kapacitete dotičnog gospodarskog subjekta (partnera u zajedničkom pothvatu) razmjerno odgovara dijelu radova koje on uistinu izvršava prema ugovoru o javnoj nabavi?

2. Treba li odredbe članaka 10., 46. i 47. Direktive 2004/17 razumijevati i tumačiti, bilo zajedno ili odvojeno (ali bez ograničavanja na te odredbe), na način da:

(a) načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima i načelo transparentnosti nisu povrijeđeni kada javni naručitelj:

— u dokumentaciji za nadmetanje unaprijed propiše načelnu mogućnost grupiranja profesionalnih kapaciteta ponuditelja, ali ne propiše konkretne načine za njezino ostvarivanje;

— naknadno, tijekom postupka javne nabave, detaljnije definira uvjete za ocjenjivanje osposobljenosti ponuditelja propisujući određena ograničenja u pogledu grupiranja profesionalnih kapaciteta ponuditelja;

— zbog tog preciznijeg definiranja sadržaja zahtjeva koji se odnose na osposobljenost produlji rok za podnošenje ponuda i to produljenje objavi u *Službenom listu [Europske unije]*?

(b) ograničenje u pogledu grupiranja kapaciteta ponuditelja ne treba jasno navesti unaprijed ako posebni karakter djelatnosti javnog naručitelja i posebna obilježja ugovora o javnoj nabavi čine takvo ograničenje predvidivim i opravdanim?“

24. Lučka uprava, litavska vlada i Europska komisija podnijele su pisana očitovanja. Iste stranke i Borta usmeno su iznijeli svoje argumente na raspravi održanoj 1. lipnja 2016.

8 — U odluci o upućivanju prethodnih pitanja stoji da je taj sud navedeno pitanje postavio „po službenoj dužnosti“ radi zaštite javnog interesa.

Ocjena

Uvodne napomene

25. Litavska vlada na raspravi je izjavila da je članak 24. stavak 5. Zakona o javnoj nabavi prenio novo pravilo o podizvođenju iz članka 79. stavka 3. Direktive 2014/25/EU [9] prije isteka roka propisanog za prenošenje te direktive i da bi, prema tome, Sud trebao ispitati taj zahtjev za prethodnu odluku samo s obzirom na tu direktivu [10]. Lučka uprava zauzela je sličan stav. Suprotno tomu, Komisija je izjavila da se Direktiva 2014/25 ne može uzeti u obzir. Kao prvo, članak 24. stavak 5. Zakona o javnoj nabavi donesen je prije usvajanja te direktive. Kao drugo, Litva je o mjerama za prenošenje Direktive 2014/25 u litavsko pravo propustila obavijestiti Komisiju.

26. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, načelno je primjenjiva direktiva koja je na snazi u trenutku kada javni naručitelj odabere vrstu postupka koji će se provoditi i konačno razriješi pitanje je li potrebno prethodno nadmetanje za sklapanje ugovora o javnoj nabavi. Nasuprot tomu, odredbe direktive za koju je rok za prenošenje istekao nakon tog trenutka *nisu* primjenjive [11].

27. Direktivom 2014/25 stavljena je izvan snage Direktiva 2004/17 s učinkom od 18. travnja 2016. Ona se stoga ne primjenjuje na glavni postupak, u kojem je poziv na nadmetanje objavljen 2. travnja 2014. Sud je također nedavno u vezi s Direktivom 2014/24 zaključio da bi primjena te direktive prije isteka roka za njezino prenošenje državama članicama kao i javnim naručiteljima i gospodarskim subjektima onemogućila da iskoriste dovoljan rok kako bi se prilagodili njezinim novim odredbama [12]. Prema mojem mišljenju, navedeno bi postupanje bilo suprotno načelu pravne sigurnosti [13]. Isto analogijom vrijedi i za Direktivu 2014/25.

28. Nadalje, nesporno je da je vrijednost predmetnog ugovora (koja se vjerojatno može procijeniti upućivanjem na najvišu podnesenu ponudu, odnosno na iznos od 4 761 459,72 eura u protuvrijednosti u LTL) u vrijeme nastanka činjenica bila ispod praga od 5 186 000 eura, koji je za ugovore o nabavi radova propisan člankom 16. točkom (b) Direktive 2004/17. Kao što je to i sud koji je uputio zahtjev primijetio, predmetni ugovor o javnoj nabavi nije obuhvaćen područjem primjene Direktive 2004/17.

29. Međutim, sud koji je uputio zahtjev tvrdi da je Sud nadležan dati odgovor na upućena pitanja. Kao prvo, jasna je namjera Lučke uprave da taj postupak javne nabave smatra međunarodnim jer je poziv na nadmetanje i naknadne izmjene i dopune dokumentacije za nadmetanje objavila u *Službenom listu Europske unije*. To je potvrđeno činjenicom da su i dva nelitavska trgovačka društva podnijela ponude. Sud koji je uputio zahtjev u biti također upućuje na činjenicu da je litavsko zakonodavstvo prilikom prenošenja Direktive 2004/17 u Zakon o javnoj nabavi određena pravila sadržana u toj direktivi odlučilo primijeniti na postupke nabave koji nisu obuhvaćeni njezinim područjem primjene.

9 — 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 (SL 2014., L 94, str. 243.). Na temelju navedene odredbe, „[u] slučaju ugovora o radovima, ugovora o uslugama i poslovima postavljanja ili ugradnje u kontekstu ugovora o nabavi robe, naručitelji mogu zahtijevati da određene kritične poslove obavlja izravno sam ponuditelj, ili ako tu ponudu dostavlja skupina gospodarskih subjekata iz članka 37. stavka 2., sudionik iz te skupine“. Slično je pravilo regulirano člankom 63. stavkom 2. Direktive 2014/24/EU 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.).

10 — Iz pisanog podneska litavske vlade vidljivo je da u mjerodavnom trenutku Direktiva 2014/25 još nije bila u potpunosti preuzeta u litavsko pravo.

11 — Presude od 10. srpnja 2014., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, t. 31. i navedena sudska praksa i od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, t. 83.

12 — Presuda od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, t. 86.

13 — Vidjeti analogijom presudu od 15. listopada 2009., Hochtief i Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, t. 29. i navedenu sudsku praksu. Vidjeti također presudu od 5. listopada 2000., Komisija/Francuska, C-337/98, EU:C:2000:543, t. 40.

30. Na raspravi litavska je vlada dodala da se prema litavskom pravu od javnih naručitelja traži da donesu odluku o odabiru vrste postupka kada organiziraju postupak javne nabave čija je procijenjena vrijednost niža od propisanog praga. Javni naručitelji mogu odlučiti primijeniti pojednostavnjeni postupak koji za takve ugovore propisuje nacionalno pravo ili postupak koji se primjenjuje na ugovore o javnoj nabavi iznad propisanog praga. U potonjem slučaju i primjenom zakonodavstva Unije koje je bilo na snazi u vrijeme nastanka činjenica, odredbe – ovisno o predmetu ugovora o javnoj nabavi – Direktive 2004/17 ili Direktive 2004/18/EZ[14] – bile bi obvezujuće za javnog naručitelja. Nacionalni sudovi također bi ih bili dužni primjenjivati.

31. U određenim okolnostima potpuno unutarnja priroda situacije ne sprečava Sud da odgovori na pitanje postavljeno na temelju odredbi članka 267. UFEU-a[15]. To, među ostalim, može biti slučaj kada nacionalno pravo nalaže sudu koji je uputio zahtjev da omogući državljaninu države članice pod čiju nadležnost potpada uživanje istih prava poput onih koja bi u istoj situaciji imao državljanin druge države članice na temelju prava Unije ili ako se zahtjev za prethodnu odluku odnosi na odredbe prava Unije na koje upućuje nacionalno pravo države članice radi utvrđivanja pravila primjenjivih na potpuno unutarnju situaciju u toj državi[16].

32. Što se tiče potonje situacije, nadležnost Suda obuhvaća i pitanja u pogledu odredbi prava Unije u slučaju kada su činjenice glavnog postupka izvan područja primjene prava Unije, ali je nacionalno pravo *izravno* i *bezuvjetno* te odredbe učinilo primjenjivima, kako bi se osiguralo istovjetno postupanje u unutarnjim situacijama i u onima obuhvaćenim područjem primjene prava Unije[17]. Doista, postoji interes Unije da se, radi izbjegavanja različitih tumačenja u budućnosti, odredbe i pojmovi preuzeti iz prava Unije tumače na jednak način, kada se nacionalno zakonodavstvo prilikom rješavanja situacija koje se ne nalaze u području primjene dotičnog akta Unije ravna prema rješenjima koja sadržava taj akt, kako bi se osiguralo jednako postupanje u unutarnjim situacijama i u situacijama uređenima pravom Unije neovisno o uvjetima u kojima se odredbe ili pojmovi preuzeti iz prava Unije trebaju primijeniti[18].

33. U ovom predmetu, međutim, ne postoje dovoljno precizni pokazatelji koji bi upućivali na činjenicu da „je nacionalno pravo izravno i bezuvjetno učinilo primjenjivima“ navedene odredbe prava Unije, kako bi se osigurala primjena istih pravila u unutarnjim situacijama i u onima obuhvaćenima područjem primjene prava Unije[19]. Konkretno, ni sud koji je uputio zahtjev ni litavska vlada uopće nisu Sudu naveli neku posebnu odredbu litavskog prava kojom je Direktiva 2004/17 učinjena izravno i bezuvjetno primjenjivom na ugovore o javnoj nabavi čija je vrijednost manja od propisanog praga navedenog u članku 16. Direktive[20]. Stoga zaključujem da Sud nije nadležan tumačiti Direktivu 2004/17 u kontekstu ovog postupka.

14 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima [javnoj nabavi radova], ugovora o javnoj nabavi robe i ugovora o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga] (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 156.)

15 — Vidjeti, među ostalim, rješenje od 3. srpnja 2014., Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, t. 38.

16 — Vidjeti, među ostalim, rješenja od 3. srpnja 2014., Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, t. 39 i navedenu sudsku praksu i od 12. svibnja 2016., Security Service i dr., C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, t. 27.

17 — Presude od 22. prosinca 2008., Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, t. 21. i navedena sudska praksa i od 18. prosinca 2014., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, t. 23.

18 — Presuda od 7. studenoga 2013., Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, t. 22. i navedena sudska praksa

19 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 18. listopada 2012., Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, t. 51. U presudi od 14. siječnja 2016., Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, t. 19. do 21.) Sud je pristao tumačiti Direktivu 2004/18 posebno uzimajući u obzir podnesak litavske vlade o tome da se litavsko pravo u pogledu javne nabave radova primjenjuje na ugovore o javnim radovima čija je vrijednost manja od praga propisanog Direktivom 2004/18. Međutim, Sud je prihvatio svoju nadležnost kako bi odgovorio na pitanje upućeno samo kao „podložno provjeri suda koji je uputio zahtjev“.

20 — Vidjeti analogijom presudu od 18. prosinca 2014., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, t. 25.

34. Upućena pitanja zahtijevaju samo tumačenje Direktive 2004/17. Međutim, kako bi pružio koristan odgovor nacionalnom sudu koji mu je uputio prethodno pitanje, Sud može uzeti u obzir pravila prava Unije na koja se nacionalni sud koji je uputio zahtjev nije pozvao u svojem zahtjevu za prethodnu odluku [21].

35. Stoga je potrebno utvrditi je li Sud nadležan za davanje odgovora na upućena pitanja na temelju općih načela UFEU-a, poglavito načela jednakog postupanja i nediskriminacije na temelju državljanstva i obveze o transparentnosti koja iz njih proizlazi. To prema ustaljenoj sudskoj praksi podrazumijeva da predmetni ugovor ima jasno izražen prekogranični interes, osobito s obzirom na njegov značaj i mjesto izvršenja [22]. Postojanje takvog prekograničnog interesa mora se ocjenjivati na temelju svih relevantnih kriterija kao što su gospodarski značaj predmeta nabave, mjesto njezine provedbe ili njezini tehnički aspekti, imajući u vidu karakteristike samog tog predmeta nabave [23].

36. Sud je već zauzeo stav da je moguće utvrditi postojanje prekograničnog interesa osobito na temelju činjenice da je iznos naknade za predmetni ugovor znatan, uzimajući u obzir mjesto na kojem će se radovi izvoditi ili tehničke značajke predmeta nabave [24]. Tako ugovor o javnoj nabavi radova može imati prekogranični interes zbog svoje procijenjene vrijednosti, uzimajući u obzir tehničku složenost predmeta nabave ili zbog činjenice da će se radovi izvoditi na lokaciji koja vrlo vjerojatno može zainteresirati strane subjekte [25].

37. Sud povremeno nacionalnom sudu prepušta utvrđivanje postojanja prekograničnog interesa [26]. U ovom predmetu, međutim, Sud ima na raspolaganju dovoljno elemenata na temelju kojih može zaključiti da predmetni ugovor o javnoj nabavi doista ima prekogranični interes. Kao prvo, procijenjena je vrijednost ugovora znatna [27]. Usto, luka Klaipėda jedna je od glavnih luka Baltičkog mora. Nadalje, izgradnja lučkog gata kakva je predviđena predmetnim postupkom javne nabave zahtijeva visoku tehničku stručnost koju, pretpostavlja se, posjeduje samo ograničen broj poduzeća. I na kraju, privlačnost ugovora o javnoj nabavi radova za strane subjekte potvrđena je činjenicom da su i dva nelitavska poduzeća podnijela ponude [28], od kojih je jedno na kraju i dobilo ugovor.

38. Upućena pitanja stoga treba ispitati na temelju općih načela transparentnosti i jednakog postupanja koja proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a i koja se moraju poštovati pri dodjeli ugovora o javnoj nabavi [29]. Uzimajući u obzir činjenicu da se članci 49. i 56. UFEU-a primjenjuju na ugovore poput predmetnoga, od Lučke uprave zahtijeva se poštovanje zabrane diskriminacije na temelju državljanstva i obveze transparentnosti regulirane navedenim člancima [30].

21 — Vidjeti, među ostalim, presude od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, t. 24. i navedenu sudsku praksu i od 16. travnja 2015., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, t. 17. i navedenu sudsku praksu.

22 — Vidjeti, među ostalim, presude od 19. prosinca 2012., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., C-159/11, EU:C:2012:817, t. 23.; od 10. srpnja 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 24. i od 18. prosinca 2014., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, t. 27.

23 — Vidjeti, kao najnovije, presudu od 14. srpnja 2016., Promoimpresa i dr., C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, t. 66. i navedenu sudsku praksu. Vidjeti također moje mišljenje u predmetu Komisija/Finska, C-195/04, EU:C:2007:28, t. 55.

24 — Presuda od 16. travnja 2015., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, t. 20.

25 — Vidjeti presude od 15. svibnja 2008., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, t. 24. i od 17. studenoga 2015., RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, t. 51.

26 — Vidjeti, među ostalim, presude od 23. prosinca 2009., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, t. 25. i od 14. studenoga 2013., Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, t. 30. i navedenu sudsku praksu.

27 — Vidjeti analogijom presudu od 16. travnja 2015., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, t. 20.

28 — Vidjeti presude od 15. svibnja 2008., SECAP i Santorso, C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, t. 24. i od 17. studenoga 2015., RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, t. 51.

29 — Vidjeti, među ostalim, presude od 13. studenoga 2007., Komisija/Irska, C-507/03, EU:C:2007:676, t. 26. i od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 27. Sud je u više navrata zauzeo stajalište da je svrha usklađivanja postupka za dodjelu ugovora o javnoj nabavi radova na razini Unije upravo uklanjanje prepreka slobodnom pružanju usluga i roba, a time i zaštita interesa trgovaca sa sjedištem u jednoj državi članici koji svoju robu i usluge žele ponuditi javnim naručiteljima sa sjedištem u drugoj državi članici (vidjeti, primjerice, presude od 3. listopada 2000., University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, t. 16.; od 18. listopada 2001., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, t. 32. i od 24. siječnja 2008, Lianakis i dr., C-532/06, EU:C:2008:40, t. 39.).

30 — Vidjeti analogijom presudu od 18. prosinca 2014., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, t. 32. i navedenu sudsku praksu.

Ograničenje podugovaranja navedeno u članku 24. stavku 5. Zakona o javnoj nabavi (točka (a) prvog pitanja)

39. Točkom (a) prvog pitanja sud koji je uputio zahtjev pita je li pravu Unije protivna odredba poput članka 24. stavka 5. Zakona o javnoj nabavi, kojom se od ponuditelja u slučaju ugovora o javnoj nabavi radova zahtijeva da sam izvrši „glavni posao" koji je utvrdio javni naručitelj.

40. Borta u žalbi u pogledu pravnih pitanja nije osporavala zakonitost tog ograničenja podugovaranja pred sudom koji je uputio zahtjev. Taj je sud „po službenoj dužnosti" postavio to pitanje u javnom interesu. Naime, nije isprva jasno obuhvaćaju li činjenice glavnog postupka i podugovaranje. Ponuda koja se podnosi na temelju ugovora o zajedničkom pothvatu može podrazumijevati da, ako bude prihvaćena, svi partneri postaju samostalne strane u javnom ugovoru koji se sklapa s javnim naručiteljem. Takva situacija ne uključuje podugovaranje, koje se pojavljuje samo u slučaju u kojem (djelomično ili u cijelosti) ugovor izvršavaju treće osobe koje nisu stranke ugovora [31]. Nasuprot tomu, ugovor o zajedničkom pothvatu uključivao bi podugovaranje ako bi samo jedan od partnera formalno djelovao kao ponuditelj, a svi ostali izvršavali bi ugovor ili ako bi osnovali društvo posebne namjene koje bi sklopilo ugovor umjesto samih partnera. Nema dovoljno informacija o Bortinoj ponudi pa ovaj Sud ne može utvrditi je li ona uključivala ili je mogla uključivati podugovaranje radova.

41. Sukladno ustaljenoj sudskoj praksi, Sud ne može donijeti odluku o pitanju koje je uputio nacionalni sud ako je očito da traženo tumačenje ili ocjena valjanosti prava Unije nema nikakve veze sa stvarnosti ili s predmetom glavnog spora [32]. Međutim, ovdje to nije slučaj. Stavak 4.3. dokumentacije za nadmetanje, koji je središnja prijeporna točka u glavnom postupku, sadržava izričito pozivanje na članak 24. stavak 5. Zakona o javnoj nabavi. Slijedom toga, iz točke (a) prvog pitanja nije očito da traženo tumačenje ili ocjena valjanosti prava Unije nema nikakve veze sa stvarnosti ili s predmetom glavnog spora pa je pitanje stoga dopušteno [33].

42. Sada prelazim na meritum predmeta.

43. Sukladno ustaljenoj sudskoj praksi, člancima 49. i 56. UFEU-a protivna je svaka nacionalna mjera koja je, iako nije diskriminirajuća s obzirom na državljanstvo, takve naravi da zabranjuje, ometa ili čini manje privlačnim za građane Europske unije korištenje slobodom poslovnog nastana i slobodnim pružanjem usluga, koji su zajamčeni tim odredbama [34].

44. U odnosu na ugovore o javnoj nabavi, interes je Unije da u području slobode poslovnog nastana i slobodnog pružanja usluga postupak nadmetanja bude što je više moguće otvoren za tržišno natjecanje Što se tiče ugovora o javnoj nabavi, slobode poslovnog nastana i slobodnog pružanja usluga, interes je Unije da osigura što veće sudjelovanje ponuditelja u javnoj nabavi, čak i u slučajevima u kojima direktive o javnoj nabavi nisu primjenjive [35]. To je u interesu samog javnog naručitelja, koji će na taj način imati veći izbor kako bi odabrao najpovoljniju ponudu koja je najbolje prilagođena njegovim potrebama [36]. Zato je jedna od glavnih funkcija načela jednakog postupanja prema ponuditeljima i posljedične obveze transparentnosti osigurati slobodno kretanje usluga i otvaranje nenarušenog tržišnog natjecanja u svim državama članicama EU-a [37].

31 — Što se tiče tog razlikovanja, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Jääskinena u predmetu Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2015:558, t. 22.

32 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 12. svibnja 2011., Runevič-Vardyn i Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, t. 33.

33 — Vidjeti analogijom presudu od 12. svibnja 2011., Runevič-Vardyn i Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, t. 34.

34 — Presude od 23. prosinca 2009., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, t. 41. i od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 28. i navedena sudska praksa

35 — Vidjeti presude od 23. prosinca 2009., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, t. 37.; od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 29. i od 11. prosinca 2014., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" i dr., C-113/13, EU:C:2014:2440, t. 51. i navedenu sudsku praksu.

36 — Presuda od 23. prosinca 2009., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, t. 37. i navedena sudska praksa

37 — Presuda od 10. listopada 2013., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, t. 28.

45. Podugovaranje pridonosi navedenim ciljevima jer može potaknuti uključivanje malog i srednjeg poduzetništva u tržište ugovora o javnoj nabavi i time povećati broj potencijalnih natjecatelja za njihovu dodjelu [38].

46. U ovom predmetu odredba poput članka 24. stavka 5. Zakona o javnoj nabavi trgovačkim društvima osnovanima u drugim državama članicama EU-a jasno ograničava mogućnost ostvarivanja njihovih prava zajamčenih člancima 49. i 56. UFEU-a jer im onemogućuje, ako podnose ponudu za nadmetanje, podugovaranje dijela ili cijelog „glavnog posla“ kako ga je utvrdio javni naručitelj, ili nuđenje vlastitih usluga kao podugovaratelja za dio ugovora. Kako je to Komisija pravilno utvrdila, članak 24. stavak 5. Zakona o javnoj nabavi stoga ograničava slobodu pružanja usluga i slobodu poslovnog nastana.

47. Međutim, takvo se ograničenje može opravdati ako teži postizanju legitimnog cilja u općem interesu, sve dok poštuje načelo proporcionalnosti, odnosno ako je ograničenje prikladno za osiguravanje postizanja tog cilja i ako se time ne prekoračuje ono što je nužno za njegovo ostvarivanje [39].

48. Litavska vlada objašnjava da je predmetno ograničenje podugovaranja uvedeno kako bi se javnim naručiteljima olakšala zaštita vlastitih interesa i osiguralo da će se podugovoreni radovi pravilno izvesti. Ograničenje je osobito bilo usmjereno na rješavanje uobičajenih situacija u kojima gospodarski subjekt sudjeluje u postupku javne nabave s namjerom da, ako dobije ugovor, njegov veći dio ustupi podizvoditelju. Čest rezultat bili su radovi lošije kvalitete ili poteškoće u njihovu izvođenju. Litavska vlada dodatno navodi da je članak 24. stavak 5. Zakona o javnoj nabavi u skladu s uobičajenim stajalištem Vijeća o sličnim pitanjima i da je baš zbog toga uvedeno novo pravilo u članku 79. stavku 3. Direktive 2014/25 [40]. Na raspravi Lučka uprava u osnovi je izjavila da je njezin legitiman interes bio osigurati da se pravilno izvedu javni radovi poput onih u glavnom postupku, koji su od strateške važnosti za nacionalnu sigurnost.

49. Javni naručitelj ima legitimno pravo zahtijevati da se osigura učinkovito i uredno izvršavanje ugovora o javnoj nabavi radova [41]. To se osobito primjenjuje na slučajeve u kojima se predmetni radovi smatraju nužnima za očuvanje nacionalne sigurnosti, što je, sukladno članku 4. stavku 2. UEU-a, jedna od temeljnih državnih funkcija države koje Europska unija mora poštovati [42]. Tako se od ponuditelja može zahtijevati da dokaže da stvarno raspolaže resursima subjekata ili poduzetnika na koje se oslanja, ali nisu njegovi, a nužni su za izvršenje tog ugovora [43]. Zato javni naručitelj može zabraniti oslanjanje na podizvoditelje za izvršenje bitnih dijelova ugovora u slučaju da u fazi ispitivanja ponuda i odabira uspješnog ponuditelja nije mogao provjeriti njihove sposobnosti [44].

50. Međutim, ograničavanje slobodnog pružanja usluga i slobode poslovnog nastana do kojeg dolazi na temelju članka 24. stavka 5. Zakona o javnoj nabavi ne čini se proporcionalnim navedenom cilju.

38 — Vidjeti analogijom presude od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, t. 34. i od 14. siječnja 2016., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, t. 24. Vidjeti također moje mišljenje u predmetu Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, t. 30.

39 — Vidjeti, među ostalim, presude od 27. listopada 2005., Contse i dr., C-234/03, EU:C:2005:644, t. 25. i od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 31. U pogledu načela proporcionalnosti koje se primjenjuje kao glavno načelo prava Unije u kontekstu postupaka javne nabave koji nisu obuhvaćeni Direktivom 2004/17 ili Direktivom 2004/18, vidjeti presudu od 22. listopada 2015., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, t. 29.

40 — U Direktivi 2004/17 nema pravila sličnog toj odredbi.

41 — Vidjeti analogijom presudu od 14. srpnja 2016., Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, t. 34. i navedenu sudsku praksu. Vidjeti također moje mišljenje u tom predmetu, EU:C:2015:761, t. 32. i navedenu sudsku praksu.

42 — Mogu li razmatranja u vezi s nacionalnom sigurnošću biti takva da opravdavaju ograničenja načela Ugovora relevantna za ovaj postupak posve je drugo pitanje kojim se ovdje neću baviti.

43 — Vidjeti analogijom presudu od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, t. 37. i navedenu sudsku praksu.

44 — Vidjeti analogijom presude od 18. ožujka 2004., Siemens i ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, t. 45. i od 14. srpnja 2016., Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, t. 34.

51. Kao prvo, to se ograničavanje primjenjuje čak i kada je javni naručitelj u stanju provjeriti tehničku i ekonomsku sposobnost podizvoditelja u postupku javne nabave. Alternativa takvom ograničavanju mogla je biti (primjerice) da se od glavnog izvođača zatraži da prilikom podnošenja ponude navede podizvoditelje i dokaže da će uistinu imati na raspolaganju njihove resurse potrebne za izvršenje ugovora i da su navedeni podizvoditelji prihvatljivi za izvršavanje zadataka koje im namjerava povjeriti.

52. Kao drugo, članak 24. stavak 5. također je *previše krut* i *previše nejasan* da bi se zadovoljio test proporcionalnosti. Iako se čini da javni naručitelji imaju fleksibilnost pri određivanju „glavnog posla" za svaki ugovor, ograničenje podugovaranja na temelju te odredbe određeno je u prilično širokom smislu. Primjenjuje se bez obzira na to o kojem je predmetu ugovora o javnoj nabavi radova riječ i obvezujuće je za javne naručitelje u trenutku sklapanja svih vrsta ugovora o javnoj nabavi radova, čak i kad bi mogli smatrati da uopće ne postoji očit razlog za nametanje takvog ograničenja.

53. Prema Komisijinoj tvrdnji, ograničenje podizvođenja u članku 24. stavku 5. Zakona o javnoj nabavi u tom se pogledu razlikuje od članka 79. stavka 3. Direktive 2014/25. Ta odredba javnom naručitelju samo *daje mogućnost* posebno zahtijevati da *kritične* poslove ponuditelj obavlja sam. Javni naručitelji tako, ovisno o okolnostima, mogu procijeniti je li takvo ograničenje prikladno. Nadalje, čak i ako bi se, kao što to tvrdi litavska vlada, moglo smatrati da članak 24. stavak 5. Zakona o javnoj nabavi prenosi članak 79. stavak 3. Direktive 2014/25 u litavsko pravo [45], takvo bi prenošenje bilo netočno.

54. Zbog tih razloga smatram da je, u kontekstu ugovora o javnoj nabavi na koji se ne primjenjuju odredbe Direktive 2004/17 ili Direktive 2004/18, ali koji ima jasan prekogranični interes, nacionalni propis poput onoga iz članka 24. stavka 5. Zakona o javnoj nabavi, prema kojem ponuditelj mora sam izvršiti „glavni posao" kako ga je utvrdio javni naručitelj i ne može taj dio ugovora ustupiti podugovaratelju, protivan zabrani diskriminacije na temelju državljanstva i obvezi transparentnosti, koje proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a.

Zakonitost stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje (točka (b) prvog pitanja)

55. Točka (b) prvog pitanja tiče se dvojbe o tome je li pravu Unije protivna dokumentacija za nadmetanje kojom se zahtijeva da, u slučaju u kojem partneri predlažu grupiranje stručnih sposobnosti podnošenjem zajedničke ponude, mora postojati aritmetička usklađenost dijelova ugovora koje izvršava svaki od partnera i njegova doprinosa u ispunjavanju uvjeta koji se odnosi na stručno iskustvo.

56. U predmetu pred nacionalnim sudom stavak 4.3. dokumentacije za nadmetanje odnosi se na dodjeljivanje ugovora o javnoj nabavi. Ta se odredba mora tumačiti zajedno sa stavkom 4.2.3. dokumentacije za nadmetanje, kojom se nalaže da u zajedničkim ponudama koje podnose partneri u zajedničkom pothvatu budu navedene obveze (radovi ili usluge) koje će svaki od partnera izvršiti i postotni udio tih obveza. Javni naručitelj tako pri pregledavanju ponuda i odabiru najpovoljnijeg ponuditelja može provjeriti da će svaki od partnera biti odgovoran za dio radova ili usluga koji odgovara njegovu doprinosu u pogledu zahtjeva stručnog iskustva navedenog u točki 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje.

57. Načela koja sam prethodno utvrdila u vezi s podugovaranjem mjerodavna su i za partnere u zajedničkom pothvatu koji udružuju svoje stručne sposobnosti [46].

45 — Vidjeti točku 25. ovog mišljenja.

46 — Vidjeti točke 43. do 45., 47. i 49. ovog mišljenja.

58. Prema mojem mišljenju, zahtjev poput onoga utvrđenog u stavku 4.3. dokumentacije za nadmetanje može ograničiti prilagodljivost partnera u zajedničkom pothvatu. On neće utjecati samo na način raspodjele njihove odgovornosti prilikom podnošenja zajedničke ponude, nego će im kasnije, ako budu odabrani, onemogućiti i da izmijene obujam svojeg sudjelovanja u ugovoru o javnoj nabavi radova.

59. Zato uvjet naveden u stavku 4.3. dokumentacije za nadmetanje može imati odvraćajući učinak na gospodarske subjekte sa sjedištem u drugim državama članicama. On će utjecati i na subjekte koji žele uspostaviti poslovni nastan u predmetnoj državi članici osnivanjem stalnog konzorcija u kojem bi članovi mogli biti domaća i strana društva. On će također utjecati na gospodarske subjekte koji svoje usluge žele ponuditi pridruživanjem već postojećim konzorcijima, kako bi mogli jednostavnije sudjelovati u postupcima javne nabave koje pokreću javni naručitelji te države članice EU-a [47]. Takva odredba stoga čini ograničenje u smislu članaka 49. i 56. UFEU-a.

60. Lučka uprava i litavska vlada u biti smatraju da se stavkom 4.3. dokumentacije za nadmetanje samo želi osigurati da svaki partner u zajedničkom pothvatu posjeduje stručnu sposobnosti za izvođenje onog dijela ugovora o javnoj nabavi radova za koji je odgovoran.

61. Već sam ranije napomenula da cilj osiguravanja urednog izvršavanja ugovora o javnoj nabavi može opravdati (nediskriminirajuće) ograničenje slobodnog pružanja usluga i slobode poslovnog nastana [48]. Partneri koji djeluju u okviru ugovora o zajedničkom pothvatu mogu pri podnošenju ponude *zajednički* zadovoljavati uvjet(e) povezan(e) sa stručnom sposobnosti (uključujući stručno iskustvo) koje je propisao javni naručitelj. Time se, međutim, ne nudi nikakvo jamstvo da će svakom partneru zaista biti povjereni ti određeni poslovi za koje je prije dodjele ugovora bila provjerena njihova stručna sposobnost Stoga članci 49. i 56. UFEU-a načelno ne sprečavaju javnog naručitelja da u slučaju ponuda koje se podnose u sklopu ugovora o zajedničkom pothvatu zahtijeva da specificiraju način na koji će se različiti poslovi raspodijeliti među partnerima, da provjeri sposobnost svakog partnera za izvršavanje zadataka za koje će biti odgovoran i da nakon dodjele ugovora prati obavlja li svaki partner uredno one radove za koje je istaknuo svoju stručnu sposobnost [49].

62. Međutim, stavak 4.3. predmetne dokumentacije za nadmetanje nije prikladan za jamčenje postizanja tog cilja.

63. Taj stavak zahtijeva postojanje aritmetičke usklađenosti doprinosa svakog pojedinog partnera glede uvjeta stručnog iskustva navedenog u stavku 3.2.1. i „obujam“ (ili novčanu vrijednost) poslova koje će taj partner doista izvršiti u ispunjavanju ugovora.

64. Kao što to Komisija pravilno tvrdi, ovakva se odredba dokumentacije za nadmetanje *ne odnosi* na *specifične radove ili usluge* potrebne za pravilno izvršavanje predmetnog ugovora o javnim radovima. Primjerice, svaki partner ugovora o zajedničkom pothvatu morao bi biti u stanju dokazati da posjeduje iskustvo u izgradnji ili rekonstrukciji lučkih gatova ostvareno u posljednjih 5 godina. Partneri zajedno ispunjavaju uvjet stručnog iskustva naveden u stavku 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje. Međutim, svaki od njih mogao bi biti specijaliziran za različit aspekt izgradnje lučkog gata, primjerice jaružanje lučkog bazena, radove na postavljanju temelja, izgradnju zidova od valovitih čeličnih ploča ili nabavu i postavljanje opreme za lučki gat. Uvjet naveden u stavku 4.3. pojedinačnom partneru ne onemogućuje izvršavanje specifičnih poslova za koje zapravo nema odgovarajućeg iskustva (iako, aritmetički, ti poslovi mogu odgovarati njegovu doprinosu u ispunjavanju uvjeta iz stavka 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje i tako ispuniti stavak 4.3. dokumentacije za nadmetanje).

47 — Vidjeti analogijom presudu od 23. prosinca 2009., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, t. 42.

48 — Vidjeti točku 49 ovog mišljenja.

49 — Logička podloga jednaka je kao u kontekstu podugovaranja radova. Vidjeti točku 49. ovog mišljenja i analogijom sudsku praksu navedenu u bilješkama 43. i 44.

65. Stoga smatram da cilj osiguravanja pravilnog izvršavanja ugovora o javnoj nabavi u situacijama poput one u glavnom postupku ne može opravdati ograničavanje slobodnog pružanja usluga i slobode poslovnog nastana koje je posljedica stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje. Tim više što čak i poslovi koji čine malen dio ukupne vrijednosti ugovora mogu biti ključni za njegovo pravilno izvršavanje [50].

66. Lučka uprava tvrdi da sukladnost s načelima jednakog postupanja prema ponuditeljima i transparentnosti zahtijeva da se pri ocjenjivanju stručne sposobnosti pojedinih partnera u zajedničkom pothvatu mogu uzeti u obzir samo one stručne sposobnosti koje će se doista koristiti u izvršavanju ugovora o javnoj nabavi.

67. Iako su ti ciljevi legitimni [51], taj argument ne može biti uspješan. Odgovarajući na pitanje Suda na raspravi, Lučka uprava objasnila je da dokumentacija za nadmetanje nije sprečavala partnere koji su ponudu podnosili u okviru ugovora o zajedničkom pothvatu, kao što je to bilo moguće i ostalim ponuditeljima, da podugovore izvršavanje ugovora o javnoj nabavi radova (osim „glavnog posla“) i da se u takvim okolnostima stručna sposobnost podizvoditelja *nije* trebala navoditi u trenutku podnošenja zajedničke ponude. Stoga, suprotno navodima Lučke uprave, dokumentacija za nadmetanje u glavnom postupku nije realno osigurala da će se stručne sposobnosti za koje su partneri naveli da ih u trenutku podnošenja zajedničke ponude posjeduju i koje je javni naručitelj provjerio doista i koristiti u izvršavanju predmetnog ugovora o javnoj nabavi radova.

68. Stoga zaključujem da je, u kontekstu ugovora o javnoj nabavi čija je vrijednost manja od praga propisanog Direktivom 2004/17 ili Direktivom 2004/18, ali koji ima jasan prekogranični interes, odredba poput one u stavku 4.3. predmetne dokumentacije za nadmetanje – kojom se zahtijeva da, kada partneri predlažu grupiranje svojih stručnih sposobnosti podnošenjem zajedničke ponude, mora postojati aritmetička usklađenost između udjela u ugovoru koji svaki od partnera u zajedničkom pothvatu izvršava i njegova doprinosa u zadovoljavanju uvjeta koji se odnosi na stručno iskustvo – protivna zabrani diskriminacije na temelju državljanstva i obvezi transparentnosti, koje proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a.

Zakonitost izmjena stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje tijekom postupka javne nabave (drugo pitanje)

69. Jesu li načela jednakog postupanja i nediskriminacije na temelju državljanstva, koja proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a, kao i posljedična obveza transparentnosti onemogućavali Lučkoj upravi izmjene stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje na način na koji je ona to učinila?

70. Sudska praksa Suda kojom se tumači članak 2. Direktive 2004/18 nudi korisne upute za odgovor na to pitanje. Sukladno tom članku, „[j]avni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način“. Ta se odredba, dakle, temelji na načelima jednakog postupanja, nediskriminacije i obveze transparentnosti, koja proizlaze iz UFEU-a [52].

71. Tako je Sud smatrao da i načelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti koja iz njega proizlazi nalažu da predmet svakog ugovora i kriteriji za njegovu dodjelu budu jasno definirani na početku postupka javne nabave [53]. Jednako postupanje zahtijeva da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta svojih ponuda imaju jednake izglede. To podrazumijeva podvrgavanje tih ponuda istim uvjetima za sve

50 — Primjerice, izrada vodonepropusnosti neke infrastrukture

51 — U tom smislu vidjeti presude od 23. prosinca 2009., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, t. 31. i 32. i navedenu sudsku praksu te od 22. listopada 2015., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, t. 36.

52 — Presuda od 7. rujna 2016., Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, t. 34.

53 — Presude od 10. prosinca 2009., Komisija/Francuska, C-299/08, EU:C:2009:769, t. 41. i od 10. svibnja 2012., Komisija/Nizozemska, C-368/10, EU:C:2012:284, t. 56.

ponuditelje [54]. Nadalje, obveza transparentnosti ima za cilj jamčiti odsutnost rizika protekcionizma i proizvoljnosti javnog naručitelja. To znači da su svi uvjeti i detaljna pravila postupka sklapanja ugovora formulirani u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje na jasan, precizan i jednoznačan način, tako da, kao prvo, omogućuju svim razumno obaviještenim i prosječno pažljivim ponuditeljima da razumiju njihov točan opseg i protumače ih na isti način i, kao drugo, da omoguće javnom naručitelju stvarnu provjeru odgovaraju li ponude ponuditeljâ kriterijima koji uređuju ugovor o kojem je riječ [55].

72. Stoga javni naručitelj ne može, čak ni ispravcima, promijeniti značenje bitnih sastojaka ugovora navedenih u dokumentaciji za nadmetanje na koje se predmetni gospodarski subjekti legitimno oslanjaju prilikom donošenja odluke da će se pripremati za podnošenje ponude ili, s druge strane, da neće sudjelovati u predmetnom postupku javne nabave [56].

73. Ista se načela primjenjuju ako ugovor koji ne podliježe Direktivi 2004/18 ima jasno izražen prekogranični interes. U presudi Enterprise Focused Solutions [57] Sud je smatrao da javni naručitelj nakon objave poziva na nadmetanje ne može izmijeniti tehničku specifikaciju koja se odnosi na neki element javne nabave suprotno načelima jednakog postupanja i nediskriminacije kao i obvezi transparentnosti [58]. To je dosljedno i drugim presudama u kojima je Sud jasno izrazio da je načelu jednakog postupanja i obvezi transparentnosti načelno protivno ako se ponuda mijenja nakon što je podnesena, bilo na zahtjev javnog naručitelja ili na zahtjev predmetnog ponuditelja, osim ako se takvom izmjenom ispravlja očita pogreška ili pojašnjava određena točka ponude [59].

74. U ovom predmetu Lučka uprava prekršila je ta načela izmijenivši stavak 4.3. dokumentacije za nadmetanje dva puta.

75. Kao prvo, kako to tvrdi Komisija, te se dopune ne mogu smatrati sitnim pojašnjenjima navedenog stavka ni ispravkom administrativne pogreške. Izvorna inačica stavka 4.3. jasno je omogućavala zadovoljavanje uvjeta stručne sposobnosti navedenog u stavku 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje najmanje jednog partnera angažiranog u zajedničkom pothvatu *ili* svih partnera zajedno. Obje izmjene (ona od 24. travnja 2014. i ona od 9. svibnja 2014.) uvele su ograničenja u pogledu dokazivanja stručne sposobnosti u slučaju zajedničkog pothvata. Ta ograničenja jednostavno nisu bila dio izvorne inačice tog stavka. Posve suprotno, ona su promijenila bit stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje, na koju su se predmetni gospodarski subjekti oslanjali u donošenju odluke da će se pripremati za podnošenje ponude ili da neće sudjelovati u postupku javne nabave. Zbog toga se ne slažem s tvrdnjom Lučke uprave da su razumno obaviješteni ponuditelji mogli predvidjeti dotične promjene.

76. Nadalje, Lučka uprava nije podnijela nikakvo objektivno opravdanje kojim bi objasnila zašto je izvršila dvije važne izmjene stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje, i to nakon objave prvog poziva na nadmetanje. Stoga, iako se ovdje radi o pitanju koje mora provjeriti sud koji je uputio zahtjev kao isključivo nadležan za utvrđivanje činjenica, ništa što je materijalno dostupno Sudu ne upućuje na to da su navedene izmjene bile nužne zbog bitne promjene okolnosti pod kojima je trebalo dodijeliti ili izvršavati predmetni ugovor, a do koje je došlo nakon objave poziva na nadmetanje.

54 — Presuda od 6. studenoga 2014., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 44.

55 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 6. studenoga 2014., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 44. i navedenu sudsku praksu; vidjeti također presudu od 10. svibnja 2012., Komisija/Nizozemska, C-368/10, EU:C:2012:284, t. 88.

56 — Presuda od 10. svibnja 2012., Komisija/Nizozemska, C-368/10, EU:C:2012:284, t. 55.

57 — Presuda od 16. travnja 2015., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228

58 — Presuda od 16. travnja 2015., Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, t. 29.

59 — Vidjeti, među ostalim, presudu od 10. listopada 2013., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, t. 31. i 32.

77. Moguće je zamisliti slučaj u kojem bi ovakva bitna promjena okolnosti mogla nastupiti i u kojem bi javni naručitelj bio suočen s dvojbom hoće li ponovno pokrenuti postupak nadmetanja *ab initio* ili izmijeniti dokumentaciju za nadmetanje. I jedno i drugo rješenje imalo bi nedostatke u smislu izgubljenih troškova osoba koje već sudjeluju u postupku nadmetanja, a pojavila bi se i očita pitanja, poglavito što se tiče rizika od zlouporabe ili manipulacije, potrebe transparentnosti i jednakog postupanja prema (potencijalnim) ponuditeljima i (moguće) naknade (dijela) izgubljenih troškova. Srećom, ni o jednoj od tih osjetljivih točaka Sud ne treba odlučivati pa ih ni ja neću dalje analizirati.

78. U okolnostima ovog predmeta zaključujem stoga da su izmjene dokumentacije za nadmetanje poput onih koje čine predmet glavnog postupka, a koje uvode ograničenja u pogledu dokazivanja stručne sposobnosti partnera u zajedničkom pothvatu za koja je jasno da nisu bila uključena u izvornu inačicu dokumentacije za nadmetanje, protivne zabrani diskriminacije na temelju državljanstva i obvezi transparentnosti, koje proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a.

79. Taj zaključak ne može se dovesti u pitanje time što su izmjene izvršene prije nego što je podnesena ijedna ponuda ili time što ih je Lučka uprava objavila u *Službenom listu Europske unije* i produljila rok za podnošenje ponuda. Kao što sam to objasnila, uzastopne izmjene stavka 4.3. dokumentacije za nadmetanje koje je donijela Lučka uprava dovele su bez objektivnog opravdanja do bitne izmjene uvjeta pod kojima su partneri u zajedničkom pothvatu mogli podnijeti svoju ponudu [60].

80. I na kraju, naglasila bih da analiza koju ovdje nudim proizlazi iz specifične situacije glavnog postupka. Ona ni na koji način ne prejudicira kako bi se načela jednakog postupanja i nediskriminacije i obveza transparentnosti, koji proizlaze iz UFEU-a, trebali primjenjivati u drukčijim okolnostima.

Zaključak

81. U svjetlu navedenih razmatranja, moje je mišljenje da bi Sud na pitanja koja mu je uputio Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud Litve) trebao odgovoriti na sljedeći način:

„1. U kontekstu ugovora o javnim radovima koji ne podliježe Direktivi 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga ili Direktivi 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima [javnoj nabavi radova], ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga], ali koji ima jasno izražen prekogranični interes, zabrana diskriminacije na temelju državljanstva i obveza transparentnosti, koje proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a, moraju se tumačiti tako da isključuju nacionalnu odredbu kakva je ona navedena u članku 24. stavku 5. Zakona o javnoj nabavi, prema kojoj ponuditelj sam mora izvršiti „glavni posao“ koji utvrdi javni naručitelj i taj dio ugovora ne može ponuditi podizvoditelju.

2. U istom kontekstu, zabrana diskriminacije na temelju državljanstva i obveza transparentnosti, koje proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a, isključuju specifikaciju navedenu u stavku 4.3. dokumentacije za nadmetanje koja je predmet glavnog postupka, a kojom se zahtijeva da, kad partneri predlažu kombiniranje svojih stručnih sposobnosti podnošenjem zajedničke ponude, mora postojati aritmetička usklađenost između udjela u ugovoru koji svaki od partnera u zajedničkom pothvatu izvršava i njegova doprinosa u zadovoljavanju uvjeta koji se odnosi na stručno iskustvo.

60 — Vidjeti točke 75 i 76. ovog mišljenja.

3. Zabrana diskriminacije na temelju državljanstva i obveza transparentnosti, koje proizlaze iz članaka 49. i 56. UFEU-a, isključuju promjene dokumentacije za nadmetanje poput onih koje čine predmet glavnog postupka, a koje bez objektivnog opravdanja uvode ograničenja koja se odnose na dokazivanje stručne sposobnosti partnera u zajedničkom pothvatu za koja je jasno da nisu bila uključena u izvornu inačicu dokumentacije za nadmetanje.“