Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
PAOLA MENGOZZIJA
od 10. ožujka 2016.[1]

Predmet C-6/15

TNS Dimarso NV
protiv
Vlaams Gewest

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Raad van State van België (Državno vijeće, Belgija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 53. – Kriteriji za dodjelu ugovora – Ponuditelji – Jednako postupanje – Ekonomski najpovoljnija ponuda – Ocjena ponuda“

I – **Uvod**

1. Ovim zahtjevom za prethodnu odluku Raad van State van België (Državno vijeće, Belgija) u biti pita je li prema članku 53. stavku 2. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ 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][2], uzimajući u obzir načela jednakog postupanja i transparentnosti, javni naručitelj uvijek, osim u određenim okolnostima, dužan unaprijed staviti do znanja, u pozivu ili u dokumentaciji za nadmetanje, koja će se metoda ocjenjivanja ili pravila ponderiranja primjenjivati radi ocjenjivanja podnesenih ponuda.

2. Zahtjev je upućen u okviru spora između društva TNS Dimarso NV (u daljnjem tekstu: Dimarso) i Vlaams Gewest (flamanska javna stambena agencija, u daljnjem tekstu: Stambena agencija) u vezi s pravilnošću metode ocjenjivanja podnesenih ponuda u sklopu postupka javne nabave usluga koji je to tijelo pokrenulo.

3. Ukratko, iz odluke o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da je pozivom na nadmetanje, objavljenim u *Službenom listu Europske unije* od 31. siječnja 2012., Stambena agencija pokrenula postupak javne nabave usluga radi izrade sveobuhvatne studije o stanovanju i korisnicima stambenih jedinica u Flandriji. Procijenjena vrijednost predmeta nabave iznosila je 1 400 000 eura s porezom na dodanu vrijednost (PDV).

4. Dokumentacija za nadmetanje u tom postupku navodila je sljedeća dva kriterija za dodjelu ugovora:

„1 Kvaliteta ponude (50/100)

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — SL L 134, str. 114. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.), kako je izmijenjena Uredbom Komisije (EU) br. 1251/2011 od 30. studenoga 2011. o izmjeni direktiva 2004/17/EZ, 2004/18/EZ i 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u pogledu njihovih pragova primjene za postupke za sklapanje ugovora (SL L 319, str. 43.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 11., str. 159., u daljnjem tekstu: Direktiva 2004/18)

Kvaliteta pripreme, organizacije i izvršenja radova na terenu, unos i prva obrada podataka. Ponuđene usluge moraju biti opisane što je detaljnije moguće. Iz ponude mora biti jasno vidljivo da je ponuditelj sposoban preuzeti kompletan predmet nabave (minimalno 7000 jedinica u uzorku/maksimalno 10 000 jedinica u uzorku) u predviđenom roku izvršenja od 12 mjeseci.

2 Cijena (50/100)

Trošak izvršenja ugovora za osnovni uzorak (7000 jedinica u uzorku) i trošak po segmentima od 500 dodatnih adresa stavljenih na raspolaganje (uključujući PDV)".

5. Četiri ponuditelja podnijela su ponude koje su prema izvješću ocjenjivačkog odbora o odabiru prema kvaliteti ispunjavale minimalne zahtjeve u pogledu tehničke sposobnosti. Način ocjenjivanja ponuda prikazan je u izvješću ocjenjivačkog odbora o dodjeli ugovora od 23. ožujka 2012. na sljedeći način:

„Odbor je zatim pristupio ocjenjivanju ponuda.

Pregledane su i uspoređene četiri ponude na temelju prethodno navedenih kriterija. Ponude su najprije ispitane i ocijenjene na temelju kriterija kvalitete. Svakoj ponudi u tom pogledu jednoglasno je dodijeljena određena ocjena (vrlo dobar – dovoljan – nedovoljan). Zatim je primijenjen kriterij cijene.

Na temelju tih ocjena, na kraju je utvrđen konačni poredak."

6. Iz izvješća o dodjeli proizlazi da su u pogledu prvog kriterija, to jest kvalitete ponuda, Dimarso i druga dva ponuditelja dobili ocjenu „vrlo dobar" i da je četvrti ponuditelj dobio ocjenu „nedovoljan". Što se tiče drugog kriterija, to jest cijene, četvrti ponuditelj ponudio je najnižu cijenu, a Dimarso najvišu.

7. Ugovor je napokon 11. travnja 2012. dodijeljen jednom od ponuditelja koji su dobili ocjenu „vrlo dobar" i koji su ponudili nižu cijenu od Dimarsa.

8. U prilog tužbi radi poništenja odluke o dodjeljivanju ugovora Dimarso pred sudom koji je uputio zahtjev tvrdi da je ocjenjivački odbor ispitao ponude na temelju ljestvice ocjena „vrlo dobar – dovoljan – nedovoljan", koja nije bila navedena u dokumentaciji za nadmetanje u pogledu kriterija kvalitete ponuda, dok je prema Dimarsovu mišljenju svakoj ponudi u skladu s dokumentacijom za nadmetanje trebalo dodijeliti bodove na ljestvici od 0 do 50. Što se tiče kriterija cijene, ocjenjivački odbor također nije proveo odgovarajuće ispitivanje, usporedbu i konačnu ocjenu ponuda prema kriterijima za dodjelu koji su navedeni u dokumentaciji za nadmetanje, uključujući i ponderiranje svakog pojedinog kriterija za dodjelu koji se navodi u pozivu na nadmetanje ponderom „50/100".

9. Sud koji je uputio zahtjev najprije je, prilikom odbijanja prve točke Dimarsova tužbenog zahtjeva, istaknuo da tumačenje – prema kojem ocjena „50/100", navedena u dokumentaciji za nadmetanje u pogledu obaju kriterija za dodjelu, samo naglašava da svaki od tih dvaju kriterija treba imati istu vrijednost i da svaki pojedinačno 50 % utječe na poredak ponuda – ne prelazi okvire razumnog ocjenjivanja.

10. Zatim je napomenuo da je i u uvodnoj izjavi 46. i u članku 53. stavku 2. Direktive 2004/18 samo riječ o „kriterijima" ili njihovu „relativnom značaju", s obzirom na to da se metoda ocjenjivanja i pravila ponderiranja nigdje izričito ne spominju. Sud koji je uputio zahtjev naglašava da metoda ocjenjivanja nije neutralna, ali ipak može biti presudna za ishod ocjenjivanja ponuda na temelju kriterija za dodjelu. Kao primjer navodi kriterij cijene, u vezi s kojim javni naručitelj može, među ostalim, odlučiti da će primijeniti pravilo proporcionalnosti, da će najvišu ocjenu dodijeliti ponudi s najnižom cijenom ili ocjenu 0 ponudi s najvišom cijenom uz primjenu linearne interpolacije u odnosu na ostale ponude ili da će davati prednost ponajprije ponudama kojima cijene odgovaraju medijanu.

11. Sud koji je uputio zahtjev na kraju naglašava da ni presuda Lianakis i dr. (C-532/06, EU:C:2008:40, t. 38., 44. i 45.) – koja se odnosila na tumačenje članka 36. stavka 2. Direktive Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka sklapanja ugovora o javnoj nabavi usluga [3], koji je u biti imao isti sadržaj kao i članak 53. stavak 2. Direktive 2004/18 – ni presuda Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) ne daju odgovor ili barem presudan odgovor na pitanje koje se javlja u glavnom postupku, a to je mora li metoda ocjenjivanja, to jest konkretna metoda koju će javni naručitelj primijeniti prilikom bodovanja ponuda, biti poznata ponuditeljima, poput kriterija i potkriterija za dodjelu kao i „koeficijenata ponderiranja”.

12. U tim je okolnostima Raad van State van België (Državno vijeće, Belgija) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Treba li članak 53. stavak 2. Direktive 2004/18 [...] sam za sebe i u vezi s opsegom europskih pravnih načela jednakosti i transparentnosti u području javne nabave tumačiti na način da javni naručitelj, u slučaju kada se ugovor o javnoj nabavi dodjeljuje ponuditelju koji je sa stajališta toga tijela dao ekonomski najpovoljniju ponudu, uvijek mora unaprijed odrediti i navesti u pozivu ili dokumentaciji za nadmetanje metodu ocjenjivanja ili pravila ponderiranja – bez obzira na njihovu predvidljivost, uobičajenost ili opseg – na temelju kojih će se ocjenjivati ponude prema kriterijima ili potkriterijima za dodjelu,

ili

da se, ako ne postoji takva opća obveza, ona ipak primjenjuje u određenim okolnostima, kao što su, među ostalim, opseg, nedostatak predvidljivosti ili neuobičajenost tih pravila o ponderiranju?”

13. U vezi s tim pitanjem pisana očitovanja podnijeli su Dimarso, belgijska i talijanska vlada kao i Europska komisija. Te stranke iznijele su svoja usmena izlaganja na raspravi 13. siječnja 2016., osim talijanske vlade, koja nije poslala zastupnika.

II – **Analiza**

14. Pitanjem koje je upućeno u ovom predmetu Sud je pozvan pojasniti opseg članka 53. stavka 2. Direktive 2004/18. Točnije, Sud treba dati odgovor na pitanje je li prema toj odredbi, uzimajući u obzir načela jednakog postupanja i transparentnosti, javni naručitelj u postupku javne nabave usluga na temelju ekonomski najpovoljnije ponude dužan obavijestiti ponuditelje, u pozivu ili u dokumentaciji za nadmetanje, koja će se metoda ocjenjivanja primjenjivati radi ocjene podnesenih ponuda.

15. Uvodno valja istaknuti da je nesporno da nabava usluga o kojima je riječ u glavnom postupku ulazi u područje primjene Direktive 2004/18 i da se, konkretno, njezin članak 53. u potpunosti primjenjuje.

16. Naime, s jedne strane, u skladu s člankom 20. Direktive 2004/18, ugovori kojima su predmet usluge navedene u Prilogu II. A, među kojima se u 10. kategoriji nalaze i „Usluge istraživanja tržišta i usluge ispitivanja javnog mišljenja”, sklapaju se u skladu s člancima 23. do 55. te direktive. S druge strane, predmet nabave usluga o kojem je riječ u glavnom postupku znatno je prelazio prag od 200 000 eura koji se navodi u članku 7. točki (b) Direktive 2004/18, a koja je bila mjerodavna u trenutku objavljivanja poziva na nadmetanja Stambene agencije.

3 — SL L 209, str. 1.

17. U skladu s člankom 53. Direktive 2004/18, pod naslovom „Kriteriji za odabir ponude”, ugovori o javnoj nabavi dodjeljuju se ponuditelju koji je predložio bilo „najnižu cijenu”, bilo „ekonomski najpovoljniju ponudu sa stajališta javnog naručitelja”, to jest, kako stoji u uvodnoj izjavi 46. te direktive i kako je to Sud napomenuo, ponudu koja s gledišta javnog naručitelja „nudi najbolju vrijednost za novac” [4].

18. U potonjem slučaju, koji se poklapa s postupkom javne nabave usluga o kojem je riječ u glavnom postupku, u članku 53. stavku 1. točki (a) Direktive 2004/18 samo se primjerice navode kriteriji u vezi s konkretnim predmetom nabave koje je javni naručitelj ovlašten uzeti u obzir [5]. Među njima su kvaliteta i cijena, kao što je to navedeno u dokumentaciji za nadmetanje u glavnom postupku, koji su jedini kriteriji o kojima je Stambena agencija vodila računa prilikom dodjele spornog ugovora u glavnom postupku.

19. Također u slučaju dodjele ugovora ponuditelju koji podnese ekonomski najpovoljniju ponudu, člankom 53. stavkom 2. prvim podstavkom Direktive 2004/18 određeno je da javni naručitelj u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje mora navesti „relativni značaj koji pridaje svakom pojedinom kriteriju izabranom da odredi [tu] ponudu”. Taj se značaj (ponder), u skladu s drugim podstavkom iste odredbe, može izraziti određivanjem raspona s odgovarajućom maksimalnom razlikom. Sukladno trećem podstavku te odredbe, ako, prema mišljenju javnog naručitelja, određivanje pondera nije moguće iz dokazivih razloga, on u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje navodi kriterije poredane od najvažnijeg prema najmanje važnom.

20. S tim u vezi valja odmah naglasiti da obveza navođenja kriterija za dodjelu i, od donošenja Direktive 2004/18, pondera za svaki pojedini kriterij prilikom objavljivanja poziva na nadmetanje ili dokumentacije za nadmetanje, kako stoji u članku 53. stavku 2. te direktive, odgovara zahtjevu prema kojem treba jamčiti poštovanje načela jednakog postupanja i obveze transparentnosti koja iz njega proizlazi [6].

21. U pogledu objavljivanja pondera kriterija za dodjelu, valja naglasiti da članak 53. stavak 2. Direktive 2004/18 predstavlja bitan napredak u odnosu na prijašnje pravno uređenje koje se primjenjivalo na javnu nabavu usluga.

22. Naime, u sklopu pravnog uređenja koje se primjenjivalo prije stupanja na snagu tog akta, članak 36. stavak 2. Direktive Vijeća 92/50 zahtijevao je samo da javni naručitelji u dokumentaciji za nadmetanje ili u pozivu na nadmetanje navedu koji će se kriteriji za dodjelu primjenjivati, „ako je moguće poredane od najvažnijeg prema najmanje važnom”.

23. Sada, međutim, javni naručitelji u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje moraju navesti i pondere kriterija za dodjelu. Tek ako se pokaže da to iz dokazivih razloga nije moguće, javni naručitelji mogu odlučiti da će kriterije poredati prema važnosti, što u svakom slučaju treba na odgovarajući način objaviti u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje.

24. Kao što ću to u nastavku prikazati, taj razvoj ima određenu važnost za rješenje predmeta u glavnom postupku.

4 — Vidjeti presudu Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, t. 29.).

5 — Sud je u više navrata potvrdio činjenicu da se ti kriteriji ne navode taksativno: vidjeti nedavne presude eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 61.) i Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, t. 30.).

6 — Vidjeti u tom smislu presudu Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697, t. 43.). Radi višestruke koristi podsjećam da, prema ustaljenoj sudskoj praksi, načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima, koje ima za cilj podupiranje razvoja zdravog i učinkovitog tržišnog natjecanja među poduzetnicima koji sudjeluju u postupku javne nabave, određuje da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta svojih ponuda imaju jednake izglede i podrazumijeva podvrgavanje tih ponuda istim uvjetima za sve natjecatelje (vidjeti u tom smislu presude Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 44.) i eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 33.)). Sud je također pojasnio da je osnovna svrha obveze transparentnosti, koja je posljedica tog načela, jamčenje toga da ne postoji rizik protekcionizma i proizvoljnosti javnog naručitelja u odnosu na određene ponuditelje ili na određene ponude (vidjeti u tom smislu presude Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 44.) i eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 34.)).

25. U ovom dijelu valja napomenuti da u predmetu u glavnom postupku nije sporno da je dokumentacija za nadmetanje spominjala „50/100” kod svakog od dvaju kriterija koje je javni naručitelj odabrao. S tim u vezi, sud koji je uputio zahtjev ocijenio je da se to spominjanje može razumno protumačiti na način da svaki od tih dvaju kriterija treba imati istu vrijednost i da svaki pojedinačno 50 % utječe na poredak ponuda.

26. Valja naglasiti da je ta ocjena konačna. Naime, iz zahtjeva za prethodnu odluku nedvojbeno proizlazi, a Dimarso je isto potvrdio na raspravi pred Sudom, da je sud koji je uputio zahtjev odbio prvu točku Dimarsova tužbenog zahtjeva prema kojem je naznaku „50/100” u biti trebalo tumačiti na način da je kriterij kvalitete trebalo ocijeniti dodjeljivanjem bodova na ljestvici od 0 do 50. Sud koji je uputio zahtjev, dakle, u biti je zauzeo stajalište da je ponderirana vrijednost svakog od dvaju kriterija za dodjelu ugovora jednaka, to jest 50 %, kako su to razumno obaviješteni i prosječno pažljivi ponuditelji također mogli protumačiti [7].

27. Stoga nije sporno da su kriteriji za dodjelu predmetnog ugovora o javnoj nabavi i relativno ponderiranje pridruženo svakom pojedinom kriteriju bili priopćeni ponuditeljima u dokumentaciji za nadmetanje i, prema tome, prije dodjele ugovora, što je na prvi pogled u skladu s člankom 53. stavkom 2. Direktive 2004/18.

28. Sud koji je uputio zahtjev, međutim, pita je li prema toj odredbi, uzimajući u obzir načela jednakog postupanja i transparentnosti, javni naručitelj dužan unaprijed, u svakom slučaju ili barem u određenim okolnostima, ponuditeljima priopćiti koja će se metoda ocjenjivanja ponuda primjenjivati u pogledu kriterija za dodjelu - konkretno, kada je riječ o predmetu u glavnom postupku, odabrana metoda ordinalne ljestvice s trima ocjenama ili rezultatima („nedovoljan – dovoljan – vrlo dobar”) za ocjenjivanje stupnja ispunjavanja kriterija kvalitete koji je objavila Stambena agencija.

29. Ovo pitanje valja shvatiti prema Dimarsovoj argumentaciji, prema kojoj je odabrana metoda ocjenjivanja („nedovoljan – dovoljan – vrlo dobar”) u biti toliko nejasna da je njome javni naručitelj izjednačio ocjenjivanje kriterija kvalitete u prilog kriteriju cijene, jer je zapravo samo taj drugi kriterij mogao izdvojiti tri od četiri podnesene ponude. Stoga je kriterij cijene prema Dimarsovu shvaćanju dobio veći relativan značaj od onoga koji je prethodno najavljen u dokumentaciji za nadmetanje, to jest 50 %. Drugim riječima, Dimarso tvrdi da bi ta metoda ocjenjivanja, da je bila priopćena ponuditeljima u dokumentaciji za nadmetanje, neizbježno utjecala na sastavljanje ponuda.

30. Moram naglasiti da itekako imam razumijevanja za tu argumentaciju. Ipak, do zaključka valja doći postupno.

31. Prije svega, kao što sam to već istaknuo, članak 53. stavak 2. Direktive 2004/18 zahtijeva da javni naručitelj u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje upozna ponuditelje s kriterijima za dodjelu koje će primijeniti kao i s njihovim relativnim značajem.

32. Nasuprot tomu, bilo bi uzaludno u tekstu članka 53. stavka 2. Direktive 2004/18 tražiti opću obvezu javnih naručitelja da u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje navedu metodu ocjenjivanja ponuda prema kriterijima za dodjelu i njihov relativan značaj, to jest sva pravila i načine pomoću kojih će javni naručitelj ili njegova organizacijska jedinica, poput ocjenjivačkog odbora, dodijeliti određene bodove ili ocjene različitim ponudama ovisno o stupnju ispunjavanja jednog od tih kriterija (i/ili, ovisno o slučaju, i potkriterija) za dodjelu ugovora o javnoj nabavi.

7 — Pojam razumno obaviještenog i prosječno pažljivog ponuditelja proizlazi iz sudske prakse Suda, vidjeti u tom pogledu presude SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, t. 42.) i eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 54.).

33. Članak 53. stavak 2. Direktive 2004/18, dakle, načelno ne traži da se takva metoda analiziranja ponuda, koju ocjenjivački odbor primjenjuje na kriterije za dodjelu ugovora o javnoj nabavi i njihov relativan značaj, prethodno priopći ponuditeljima u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje.

34. Sudska praksa Suda također potvrđuje to načelo.

35. S jedne strane, valja podsjetiti da je Sud u više navrata priznao zakonitost postupanja javnog naručitelja koji je podelemente nekog kriterija za dodjelu ponderirao *nakon* što su ponude bile podnesene, ali *prije* njihova otvaranja, što nužno znači da javni naručitelj nije u svakom slučaju dužan prethodno objaviti takvo ponderiranje potkriterija za dodjelu u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje [8].

36. Ista ocjena može se tim više proširiti i na odabir metode ocjenjivanja ponuda prema kriterijima za dodjelu i njihovu relativnom značaju.

37. S druge strane, u presudi Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, t. 35.) Sud je u kontekstu primjene pravila o javnoj nabavi institucija Europske unije [9], koja su vrlo slična onom primjene odredaba Direktive 2004/18, i u sklopu razmatranja o elementima koje javni naručitelj ne treba prethodno priopćiti ponuditeljima priznao da ocjenjivački odbor mora imati na raspolaganju određenu slobodu u izvršavanju svoje zadaće i organizirati vlastiti rad ispitivanja i analiziranja podnesenih ponuda [10].

38. U svim tim predmetima Sud je ipak naglasio da sloboda kojom raspolaže javni naručitelj mora poštovati određene uvjete.

39. Ti uvjeti, međutim, nisu potpuno ujednačeni.

40. Stoga, s jedne strane, kada je riječ o utvrđivanju koeficijenata ponderiranja javnog naručitelja u pogledu potkriterija za dodjelu nakon što su podnesene ponude, Sud je, kao što je to sud koji je uputio zahtjev pravilno istaknuo, pojasnio da je to određivanje *ex post* zakonito pod uvjetom da poštuje tri uvjeta, i to:

— da ne mijenja kriterije za dodjelu ugovora kako su određeni u dokumentaciji za nadmetanje ili u pozivu na nadmetanje,

— da ne sadržava elemente koji bi utjecali na sastavljanje ponuda da su bili poznati u trenutku njihova sastavljanja i

— da nije odabrano na način da uključuje elemente koji mogu dovesti do diskriminacije jednog od ponuditelja [11].

8 — Vidjeti presude ATI EAC e Viaggi di Maio i dr. (C -331/04, EU:C:2005:718, t. 32.), Lianiakis i dr. (C-532/06, EU:C:2008:40, t. 43.) i Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, t. 32. i 33.).

9 — U tom slučaju radilo se o tumačenju članka 97. Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 1605/2002 od 25. lipnja 2002. o Financijskoj uredbi koja se primjenjuje na opći proračun Europskih zajednica (SL L 248, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 2., str. 145.) i članka 138. Uredbe Komisije br. (EZ, Euratom) br. 2342/2002 od 23. prosinca 2002. o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu Uredbe br. 1605/2002 (SL L 357, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 3., str. 7.).

10 — Vidjeti također u tom pravnom kontekstu presudu bpost/Komisija (T-514/09, EU:T:2011:689, t. 86.).

11 — Vidjeti presude ATI EAC e Viaggi di Maio i dr. (C -331/04, EU:C:2005:718, t. 32.), Lianiakis i dr. (C-532/06, EU:C:2008:40, t. 43.) i Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, t. 33.).

41. Ako jedan od tih uvjeta nije ispunjen, na temelju te sudske prakse može se zaključiti da utvrđivanje pondera za potkriterije nakon poziva za nadmetanje ili dokumentacije za nadmetanje dovodi do nezakonitosti postupka dodjeljivanja ugovora. Drugim riječima, javni naručitelj trebao bi prethodno odrediti ponderiranje potkriterija upućivanjem na kriterije za dodjelu ugovora i pobrinuti se da to ponderiranje bude priopćeno ponuditeljima u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje.

42. S druge strane, u pogledu slobode ocjenjivačkog odbora da organizira vlastiti rad analiziranja i ispitivanja podnesenih ponuda, Sud je u točki 35. presude Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) pojasnio da takva sloboda ne smije dovesti do toga da javni naručitelj „izmijeni kriterije za dodjelu ugovora utvrđene u dokumentaciji za nadmetanje ili u pozivu na nadmetanje”.

43. Osvrnuvši se samo na poštovanje jednog (prvog) od triju uvjeta navedenih u točki 40. ovog mišljenja, Sud je, čini se, želio javnom naručitelju dati širu marginu prosudbe kada metodu analiziranja ili ocjenjivanja ponuda određuje *ex post* nego kada odluči utvrditi koeficijente ponderiranja potkriterija koji odgovaraju kriterijima za dodjelu s kojima su ponuditelji prethodno bili upoznati.

44. Ako bismo u glavnom postupku strogo primijenili pojašnjenje iz točke 35. presude Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), nijedan element koji je sud koji je uputio zahtjev pružio u ovom stadiju ne upućuje na zaključak da je metoda ocjenjivanja koju je usvojio ocjenjivački odbor za ocjenjivanje kriterija kvalitete mogla izmijeniti taj kriterij i, *a fortiori*, da je mogao izmijeniti drugi kriterij za dodjelu, s obzirom na to da su ponuditelji bili prethodno u dokumentaciji za nadmetanje upoznati i s jednim i s drugim kriterijem.

45. Pritom dvojim je li cilj pojašnjenja, koje je Sud prije kao *obiter dictum* dao u točki 35. presude Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), bio postaviti samo tu granicu slobodi javnog naručitelja u pogledu utvrđivanja metode ocjenjivanja podnesenih ponuda. Naime, uz iznimku eventualno osobito grubih pogrešaka, teško je zamisliti na koji bi način takva metoda ocjenjivanja mogla izmijeniti same kriterije za dodjelu ugovora o javnoj nabavi i kako bi, osim pomoću skupa indicija, neuspješni ponuditelj mogao dokazati takav učinak na kriterije za dodjelu.

46. Upravo zato bliži sam stajalištu stranaka koje su osobito na raspravi tvrdile da je moguće da neka metoda ocjenjivanja ne utječe toliko na same kriterije za dodjelu koliko na ponderiranje tih kriterija i da stoga može sadržavati elemente koji bi mogli utjecati na sastavljanje ponuda da su ponuditelji bili prethodno upoznati s tom metodom, u smislu drugog uvjeta postavljenog sudskom praksom Suda kako se navodi u točki 40. ovog mišljenja. U tom slučaju naknadno određivanje takve metode javnog naručitelja u pogledu ocjenjivanja ponuda bilo bi nezakonito i trebalo bi ga prethodno objaviti u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje.

47. Stoga se u bitnome slažem s argumentacijom koju je ponajprije izložila Komisija, a prema kojoj zakonitost metode ocjenjivanja ponuda koju javni naručitelj odredi *ex post* ovisi o tome ispunjava li tri uvjeta koja su postavljena u sudskoj praksi Suda i koji se navode u točki 40. ovog mišljenja. Bilo bi, dakle, dovoljno da sud koji je uputio zahtjev provjeri jesu li ti uvjeti ispunjeni u predmetu u glavnom postupku.

48. Čini mi se, međutim, da u ovom predmetu Sud ima priliku dalje pojasniti tu sudsku praksu, posebno u pogledu opsega prvog uvjeta.

49. Naime, kako sam to ranije istaknuo, od stupanja na snagu članka 53. stavka 2. Direktive 2004/18 u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje moraju se na odgovarajući način objaviti i kriteriji za dodjelu i njihov relativan značaj (ili, ako to nije moguće, njihov poredak prema važnosti).

50. Naknadna izmjena jednog ili drugog, bez obzira na to na koji se način provodi, mora se, dakle, prema mojem mišljenju, jednako sankcionirati.

51. Kao što je neopravdano dopustiti da se metodom ocjenjivanja ponuda *a posteriori* mijenjaju kriteriji za dodjelu koji su prethodno priopćeni ponuditeljima, također je neprihvatljivo tolerirati da se takvom metodom izmijeni ponderiranje tih istih kriterija. Ako je to posljedica naknadnog utvrđivanja metode ocjenjivanja ponuda, trebalo ju je prethodno priopćiti ponuditeljima, pa je sporni postupak dodjeljivanja ugovora nezakonit.

52. Slijedom toga, predlažem da se prvi uvjet naveden u točki 40. ovog mišljenja, proistekao iz sudske prakse Suda u vezi s pravnim uređenjem javne nabave prije donošenja Direktive 2004/18, izrazi tako da uključuje i ponderiranje kriterija za dodjelu, kako bi se uzeo u obzir razvoj tog uređenja nakon stupanja na snagu članka 53. stavka 2. Direktive 2004/18.

53. Stoga će sud koji je uputio zahtjev trebati ispitati u glavnom postupku je li metoda ocjenjivanja ponuda prema kriteriju kvalitete koji se navodi u spornoj dokumentaciji za nadmetanje naknadno izmijenila ponderiranje kriterija za dodjelu ugovora o javnoj nabavi, u kojem je slučaju, prema tome, moguće ponuditelje trebalo s tim upoznati u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje.

54. Pritom mislim da je to ovdje, s obzirom na okolnosti i elemente koje je priopćio sud koji je uputio zahtjev, mogao biti slučaj.

55. Naime, budući da su tri od četiri ponude, među kojim je i Dimarsova, dobile ocjenu „vrlo dobar” u pogledu zadovoljavanja kriterija kvalitete, a da im nisu dodijeljeni bodovi na temelju kojih bi ih se moglo razlikovati i razvrstati prema njihovim bitnim svojstvima, za dodjelu spornog ugovora bio je presudan kriterij cijene, kako su i sve stranke priznale na raspravi. Budući da je metoda koju je odabrao ocjenjivački odbor zapravo izjednačila ocjenu kriterija kvalitete u prilog kriteriju cijene, čini se da je potonji kriterij pri odabiru ugovaratelja dobio veću relativnu težinu od one koju se moglo očekivati na temelju pondera od 50 %, koji je najavljen u dokumentaciji za nadmetanje. Stoga je uvjerljiv argument prema kojem bi ponuditelji uložili veću pažnju u pogledu cijene svojih usluga da su bili prethodno obaviješteni o odabiru te metode ocjenjivanja ponuda u pogledu zadovoljavanja kriterija kvalitete.

56. Kako bih jasnije dočarao svoje stajalište, zamislimo da je jedna od podnesenih ponuda u pogledu kvalitete daleko iznad triju ostalih, čak i iznad onih koje su ocijenjene kao „vrlo dobre”. Drugim riječima, jedna od tih ponuda mogla je prilikom ocjene kriterija kvalitete biti razvrstana kao „odlična”. Cijena koju bi taj ponuditelj predložio odražavala bi, dakle, izvrsnu kvalitetu ponuđenih usluga tog ponuditelja i vjerojatno bi bila viša od cijene koju su ponudili ostali ponuditelji. Međutim, budući da na ljestvici rezultata („nedovoljan – dovoljan – vrlo dobar”) koju je odabrao ocjenjivački odbor nije bilo ocjene „odličan”, ta bi ponuda odlične kvalitete u pogledu kriterija kvalitete nužno morala dobiti najviše ocjenu „vrlo dobar”. Ako bi ponuditeljeva predložena cijena bila viša od ostalih, pa makar i za desetak ili nekoliko stotina eura, ta ponuda morala bi se odbiti.

57. U konačnici, u tom slučaju, koji nije nužno isti kao Dimarsov, ali bi mogao biti, javni naručitelj mogao bi ostati bez ponude koja nudi najbolju vrijednost za novac, suprotno smislu zbog kojeg se primjenjuje odabir najboljih ponuditelja na temelju ekonomski najpovoljnije ponude [12].

12 — U presudi Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, t. 29.) Sud je u biti naglasio da dodjeljivanje ugovora na temelju kriterija ekonomski najpovoljnije ponude, koje javnog naručitelja potiče na potragu za ponudom koja nudi najbolju vrijednost za novac, osnažuje važnost kvalitete među kriterijima za dodjelu ugovora o javnoj nabavi.

58. Zato je, prema mojem mišljenju, metoda ocjenjivanja koju je javni naručitelj odabrao *ex post* mogla dovesti do izmjene ponderiranja kriterija za dodjelu na način da je dala veću važnost jednom od kriterija, dok je prema onom kako su ponuditelji bili obaviješteni prilikom podnošenja ponuda bilo jasno da su ti kriteriji trebali biti ocijenjeni prema istom relativnom značaju od 50 % svaki.

59. Slijedom toga, smatram da je u slučaju metode ocjenjivanja usvojene nakon podnošenja ponuda, ako ona može dovesti do takvog ishoda, javni naručitelj s njom trebao upoznati ponuditelje u trenutku objave poziva na nadmetanje ili prilikom dostavljanja dokumentacije za nadmetanje.

60. U svakom slučaju, ako Sud bude smatrao da prvi uvjet iz sudske prakse koji se navodi u točki 40. ovog mišljenja ne treba proširiti na ponderiranje kriterija za dodjelu, prema mojem mišljenju, vjerojatno je da bi metoda ocjenjivanja ponuda prema kriteriju kvalitete koju je utvrdio javni naručitelj, da su mogući ponuditelji s njom bili prethodno upoznati, utjecala na sastavljanje ponuda u smislu drugog uvjeta iz točke 40. ovog mišljenja.

61. Naime, kako je to već istaknuto, da su ponuditelji prije podnošenja svojih ponuda znali da će drugi kriterij za dodjelu, to jest kriterij cijene, imati presudan značaj u odabiru ekonomski najpovoljnije ponude, kako su i sve stranke potvrdile na raspravi, oni bi zasigurno drukčije sastavili svoje ponude kako bi ih bolje prilagodili tom usmjerenju javnog naručitelja.

62. Općenito govoreći, točno je da javnog naručitelja takva granica njegovoj slobodi da nakon podnošenja ponuda utvrdi metodu ocjenjivanja u konačnici zapravo prisiljava da u svakom slučaju vrlo rano utvrdi metodu ili metode ocjenjivanja kriterija za dodjelu koje kani odabrati, kako bi preventivno provjerio mogu li utjecati na sastavljanje ponuda mogućih ponuditelja, pa bi u potvrdnom slučaju morao zaključiti da te metode treba objaviti u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje.

63. Slijedom toga, taj zahtjev u konačnici bi doveo do toga da javni naručitelj (koji će se pobrinuti da zajamči najveću pravnu sigurnost postupka javne nabave i da se zaštiti od tužbi ili žalbi radi poništenja tog postupka) što ranije utvrdi metodu ili metode ocjenjivanja ponuda prema kriterijima za dodjelu. Moglo bi se zaključiti da u tom slučaju nikakav važan razlog ne može opravdati odbijanje javnog naručitelja da moguće ponuditelje upozna s dotičnim metodama ocjenjivanja koje svakako treba odrediti već i prije poziva na nadmetanje.

64. Čini se da takvo usmjerenje u praksi izokreće teorijsko pravilo načela i iznimke koje proizlazi iz primjene sudske prakse Suda, a prema kojem javni naručitelj načelno nema obvezu da mogućim ponuditeljima priopći metodu ocjenjivanja ponuda, osim ako ta metoda sadržava elemente koji su, da su bili unaprijed poznati, mogli utjecati na sastavljanje ponuda.

65. Međutim, čini mi se da se takva opasnost uvelike može otkloniti ako javni naručitelji odluče objaviti ne samo kriterije za dodjelu i njihov relativan značaj, kako to traži Direktiva 2004/18, nego i potkriterije tih kriterija i njihov relativan značaj, kako je to Sud sklon izrazito podupirati.

66. Drugim riječima, što će ponuditelji imati na raspolaganju više jasnih, razumljivih i podrobnih informacija u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje koje se odnose na te elemente, to je, prema mojem mišljenju, manja opasnost da bi metoda analiziranja ponuda koju odabere ocjenjivački odbor mogla izmijeniti kriterije ili potkriterije za dodjelu i njihovo ponderiranje ili da bi dovela do nejednakog postupanja prema ponuditeljima. Izbjegavati tu opasnost sukladno je, prema mojem mišljenju, „aktivnoj ulozi" koju Direktiva 2004/18, kako je tumači Sud, daje javnim naručiteljima u primjeni bitnih načela javne nabave – poštovanja transparentnosti postupka i jednakog postupanja prema ponuditeljima [13].

13 — Vidjeti u tom smislu, u drugom kontekstu, presudu eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 42.).

67. U takvom slučaju svi će se ponuditelji također moći unaprijed upoznati s ponderima svih elemenata koje javni naručitelj uzima u obzir, čime se općenito može jamčiti da precizna metoda analiziranja ponuda koju odabere javni naručitelj neće sadržavati elemente koji, ako su poznati prilikom sastavljanja ponuda, mogu utjecati na njihovo sastavljanje.

68. Nasuprot tomu, ako, kao u glavnom postupku, kriteriji za dodjelu imaju jednake pondere u dokumentaciji za nadmetanje, a eventualni potkriteriji navedeni u tom dokumentu nisu tako ponderirani – pa je metoda ocjenjivanja koja je odabrana nakon što su podnesene ponude i kojom se ocjenjuje stupanj zadovoljavanja tih dvaju kriterija za dodjelu vrlo općenita i na temelju nje nije moguće dovoljno precizno razlikovati kvalitetu podnesenih ponuda – opasnost je znatno veća ako metoda ocjenjivanja sadržava elemente koji su, da su ponuditelji bili s njima upoznati u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje, mogli utjecati na sastavljanje njihovih ponuda.

69. Točno je da se drugi uvjet iz točke 40. ovog mišljenja čini prilično prilagodljivim ili da ga je lako ispuniti, jer se uvijek može reći da bi bilo koji element koji je javni naručitelj uzeo u obzir *mogao* utjecati ili imati učinak na sastavljanje ponuda, da je bio prethodno priopćen ponuditeljima.

70. Možda je upravo vodeći računa o toj prilagodljivosti Sud u presudi Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697, t. 48.) dodao da taj utjecaj na sastavljanje ponuda mora biti „značajan”, na temelju čega je onda djelomično odbio Komisijinu tužbu zbog povrede obveze.

71. Iako se u točki 48. presude Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697) Sud poziva na svoju raniju sudsku praksu, izričito navodeći točku 32. presude ATI EAC e Viaggi di Maio i dr. (C-331/04, EU:C:2005:718), ta, kao ni druge već navedene kasnije presude, ne uključuje pojašnjenje prema kojem utjecaj na sastavljanje ponuda treba biti „značajan”. S tim u vezi, čini mi se da se kriterij koji je Sud postavio u točki 48. presude Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697) temelji na činjenici da za konkretan ugovor o javnoj nabavi usluga nisu bile u cijelosti mjerodavne odredbe Direktive 2004/18, a osobito njezina članka 53. stavka 2.

72. Ako je to pravo značenje točke 48. presude Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697), prema mojem mišljenju, u ovom predmetu nema posebnog razloga zašto bi trebalo usvojiti kriterij „značajnosti” utjecaja na sastavljanje ponuda koji se navodi u toj točki presude i tako izmijeniti opseg drugog uvjeta iz sudske prakse Suda navedene u točki 40. ovog mišljenja.

73. U svakom slučaju, smatram da se prilagodljivost drugog uvjeta može znatno ograničiti obvezom prema kojoj bi neuspješni ponuditelj, na kojem je teret dokazivanja, morao *in concreto* u sudskom postupku dokazati bitne, a ne tek formalne razlike po kojima bi se njegova ponuda razlikovala da su elementi dotične metode ocjenjivanja ili sama metoda bili na odgovarajući način objavljeni prije sastavljanja ponuda, a što je javni naručitelj propustio učiniti.

74. Prije samog zaključka, dodajem da se sva prethodna razmatranja temelje na postavci koja implicitno proizlazi iz odluke o upućivanju zahtjeva, a to je da je metoda ocjenjivanja ponuda s obzirom na kriterij kvalitete, koju je u glavnom postupku usvojio ocjenjivački odbor, određena *nakon* isteka roka za podnošenje ponuda, ali *prije* njihova otvaranja.

75. U navedenoj sudskoj praksi u vezi s utvrđivanjem pondera za potkriterije kriterija za dodjelu Sud je u biti smatrao da je takvo utvrđivanje *nakon otvaranja ponuda* ili iskazivanja interesa, ovisno o slučaju, protivno ponajprije načelu jednakosti postupanja i transparentnosti [14]. Isto tako, Sud je osudio izmjenu ponderirane vrijednosti kriterija za dodjelu koju je ocjenjivački odbor učinio nakon prvog ispitivanja

14 — Vidjeti osobito presudu Lianakis i dr. (C-532/06, EU:C:2008:40, t. 44.).

ponuda, u slučaju u kojem se članak 53. stavak 2. Direktive 2004/18 nije primjenjivao na konkretan ugovor o javnoj nabavi usluga a da usto nije zahtijevao da se dokaže diskriminirajući učinak te prakse na jednog od ponuditelja, dodavši u tom pogledu da je dovoljno dokazati da je u trenutku kada je ta izmjena učinjena ona mogla imati takav učinak [15].

76. Naime, ako je prilikom izmjene ponderiranja kriterija za dodjelu i/ili potkriterija javni naručitelj znao tko su ponuditelji i koji je sadržaj ponuda, postoji ozbiljna opasnost da će se ta izmjena shvatiti kao favoriziranje jednog od ponuditelja i da će se povrijediti načelo jednakog postupanja prema njima.

77. U takvoj situaciji učinjena izmjena posve je nezakonita, osobito zbog pretpostavljenog favoriziranja. Čini se samorazumljivim da je stvarno primijenjeno ponderiranje koje je dovelo do nezakonitosti postupka dodjeljivanja ugovora trebalo priopćiti ponuditeljima u dokumentaciji za nadmetanje. Međutim, takvo utvrđenje nije nužno za rješenje spora.

78. U svojem očitovanju belgijska vlada spomenula je da ima situacija, iako ih nije pobliže opisala, u kojima se metoda ocjenjivanja ponuda može utvrditi tek nakon što su one otvorene. Slijedom toga, ta vlada u biti tvrdi da sudsku praksu Suda koja osuđuje naknadno utvrđivanje pondera za kriterije za dodjelu i povezanih potkriterija *nakon* otvaranja ponuda ne treba proširiti na slučaj kada ocjenjivački odbor metodu ocjenjivanja ponuda odabere nakon tog otvaranja.

79. Pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev ne odnosi se *stricto sensu* na takav slučaj.

80. Ipak, na temelju elemenata koje je sud koji je uputio zahtjev pružio ne može se potpuno isključiti mogućnost da je metoda ocjenjivanja o kojoj je riječ u glavnom postupku bila potvrđena nakon otvaranja ponuda.

81. Međutim, u tom slučaju, prema mojem mišljenju, postavlja se dodatno pitanje treba li sud koji je uputio zahtjev i dalje provjeriti jesu li ispunjena tri uvjeta koja je razvila sudska praksa, a nabrojeni su u točki 40. ovog mišljenja, kako bi mogao utvrditi je li javni naručitelj bio dužan upoznati ponuditelje s tom metodom ocjenjivanja ponuda ili jednostavno može samo utvrditi da takva praksa na određen način podrazumijeva pretpostavku favoriziranja jednog ili nekoliko ponuditelja, zbog čega je postupak dodjeljivanja nezakonit.

82. Bez donošenja općeg stajališta o situacijama na koje se belgijska vlada pozvala i koje nije pobliže odredila, nisam siguran da je u glavnom postupku metodu ocjenjivanja kriterija kvalitete bilo moguće utvrditi tek nakon otvaranja podnesenih ponuda, s obzirom na to da je riječ o vrlo jednostavnom i općenitom, pa čak i neodređenom kriteriju.

83. Naime, ne vidim nikakvu prepreku, ponajprije tehničke ili financijske naravi, zbog koje javni naručitelj ne bi mogao upoznati ponuditelje s metodom koja samo naznačuje da će se ponude ocijeniti u skladu s ordinalnom ljestvicom „nedovoljan – dovoljan – vrlo dobar” ili zbog koje tu metodu ne bi mogao potvrditi najkasnije prije otvaranja ponuda, uz poštovanje uvjeta koje sam već ispitao, to jest, konkretno, bez mijenjanja kriterija za dodjelu ugovora i njihova ponderiranja.

84. Stoga smatram da, ako je sporna metoda ocjenjivanja u glavnom postupku odabrana nakon otvaranja ponuda, što sud koji je uputio zahtjev mora provjeriti, treba smatrati da je ona utvrđena na temelju elemenata koji mogu imati diskriminirajući učinak u odnosu na jednog ili više neuspješnih ponuditelja i da teret dokaza o protivnom snosi javni naručitelj.

15 — Presuda Komisija/Irska (C-226/09, EU:C:2010:697, t. 57. do 63.)

III – **Zaključak**

85. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na pitanje koje je postavio Raad van State van België (Državno vijeće, Belgija) odgovori kako slijedi:

Članak 53. stavak 2. Direktive 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], kako je izmijenjena Uredbom Komisije (EU) br. 1251/2011 od 30. studenoga 2011., uzimajući u obzir načela jednakog postupanja i transparentnosti, treba tumačiti na način da javni naručitelj nije dužan u pozivu ili u dokumentaciji za nadmetanje staviti do znanja koja će se metoda ocjenjivanja ponuda primjenjivati radi ocjene stupnja ispunjavanja kriterija za dodjelu koji su prethodno objavljeni u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje, pod uvjetom da takva metoda, usvojena nakon isteka roka za podnošenje ponuda, ali prije njihova otvaranja: (a) ne mijenja kriterije za dodjelu ugovora i njihov relativan značaj, kako su opisani u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje, (b) ne sadržava elemente koji bi utjecali na sastavljanje ponuda da su bili poznati u trenutku njihova sastavljanja i (c) da nije odabrana na temelju elemenata koji mogu dovesti do diskriminacije jednog od ponuditelja. Na sudu koji je uputio zahtjev jest da provjeri jesu li ti uvjeti ispunjeni u predmetu u glavnom postupku.