Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 11. srpnja 2019.[1]

Predmet C-395/18

Tim S.p.A. – Direzione e coordinamento Vivendi SA
protiv
Consip S.p.A.,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
uz sudjelovanje:
E-VIA S.p.A.

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2014/24/EU – Provedba postupka javne nabave – Fakultativne osnove za isključenje – Isključenje gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave zbog povrede podugovaratelja kojeg je predložio – Povreda obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava iz članka 18. stavka 2. – Isključenje ponuditelja – Članak 71. – Članak 57. stavak 4. točka (a)"

1. Talijanski javni naručitelj (Consip S.p.A.)[2] objavio je poziv na nadmetanje za pružanje određenih usluga, pri čemu je u dokumentaciji o nabavi dopustio mogućnost podugovaranja. Da bi iskoristili tu mogućnost, natjecatelji su u svojim ponudama trebali navesti da dio tih usluga namjeravaju dati u podugovor te naznačiti troje podugovaratelja.

2. Jedan od ponuditelja (Tim S.p.A.) naveo je u svojoj ponudi da će neke usluge koje su predmet ugovora dati u podugovor te je naznačio imena troje podugovaratelja. Budući da se na jednog od potonjih podugovaratelja odnosila fakultativna osnova za isključenje (počinio je povrede u području socijalnog i radnog prava), javni je naručitelj isključio ponuditelja iz postupka.

3. Ukratko, sud koji je uputio zahtjev želi znati može li javni naručitelj, na temelju Direktive 2014/24/EU[3], isključiti ponuditelja iz postupka nabave zbog razloga koji se tiču podugovaratelja predloženog u ponudi.

1 Izvorni jezik: španjolski

2 Consip je dioničko društvo čiji je temeljni kapital u cijelosti u vlasništvu talijanskog ministarstva gospodarstva i financija. Djeluje isključivo po uputama javne uprave.

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

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2014/24

4. U uvodnoj izjavi 101. navodi se:

„Javnim naručiteljima također bi se trebala pružiti mogućnost isključenja gospodarskih subjekata koji su dokazano nepouzdani jer su, primjerice, prekršili okolišne ili društvene obveze […].

[…]

Pri primjeni fakultativnih osnova za isključenje, javni naručitelji bi trebali posvetiti osobitu pozornost načelu proporcionalnosti. Manje nepravilnosti bi samo u iznimnim okolnostima trebale dovesti do isključenja gospodarskog subjekta. Ipak, ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost gospodarskog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje."

5. U skladu s uvodnom izjavom 105.:

„Važno je da podugovaratelji poštuju primjenjive obveze u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava utvrđene pravom Unije, nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima ili međunarodnim odredbama prava okoliša, socijalnog i radnog prava navedenima u ovoj Direktivi, pod uvjetom da su takva pravila i njihova primjena u skladu s pravom Unije […].

[…]

Također bi trebalo pojasniti da bi se uvjeti koji se odnose na provedbu poštovanja primjenjivih obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava utvrđenih pravom Unije, nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima ili međunarodnim odredbama prava okoliša, socijalnog i radnog prava navedenima u ovoj Direktivi, pod uvjetom da su takva pravila, i njihova primjena u skladu s pravom Unije, trebali primjenjivati uvijek kad zakon države članice predviđa mehanizam zajedničke odgovornosti između podugovaratelja i glavnog ugovaratelja. Nadalje, trebalo bi izričito navesti da bi države članice trebale moći ići dalje, na primjer proširiti obveze u vezi transparentnosti, omogućujući izravna plaćanja podugovarateljima ili omogućujući ili zahtijevajući od javnih naručitelja da provjere da podugovaratelji nisu u nekoj od situacija u kojoj bi isključenje gospodarskog subjekta bilo opravdano. Kada se te mjere primjenjuju na podugovaratelje, trebalo bi osigurati usklađenost s odredbama koje se primjenjuju na glavne ugovaratelje kako bi postojanje obvezujuće osnove isključenje rezultiralo zahtjevom da glavni ugovaratelj zamjeni dotičnog podugovaratelja. Kada takva provjera pokaže da se radi o neobvezujućoj osnovi za isključenje, trebalo bi pojasniti da javni naručitelji mogu zatražiti zamjenu. Ipak, trebalo bi izričito navesti da javni naručitelji mogu biti obvezani zatražiti zamjenu dotičnog podugovaratelja ako bi isključenje glavnih ugovaratelja u takvim slučajevima bilo obvezno.

Trebalo bi također izričito navesti da države članice i dalje mogu propisati stroža pravila o odgovornosti u okviru nacionalnog prava ili donositi propise u okviru nacionalnog prava o izravnim plaćanjima podugovarateljima."

6. Članak 18. („Načela nabave") glasi kako slijedi:

„1. Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način.

[…]

2. Države članice poduzimaju odgovarajuće mjere kako bi osigurale da u izvršavanju ugovora o javnoj nabavi gospodarski subjekti udovoljavaju primjenjivim obvezama u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava određenog pravom Unije, nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima ili odredbama međunarodnog prava okoliša, socijalnog i radnog prava popisanim u Prilogu X."

7. Člankom 57. („Osnove za isključenje") utvrđuje se:

„[…]

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

(a) ako javni naručitelj može na odgovarajući način dokazati kršenje primjenjivih obveza iz članka 18. stavka 2.;

[…]".

8. Člankom 71. („Podugovaranje") propisuje se:

„1. Poštovanje obveza iz članka 18. stavka 2. od strane podugovaratelja osigurava se odgovarajućom mjerom nadležnih nacionalnih tijela koja djeluju u okviru svoje odgovornosti i nadležnosti.

2. U dokumentaciji o nabavi javni naručitelj može zahtijevati, ili država članica može od njega tražiti da zahtijeva, da ponuditelj u svojoj ponudi navede dio ugovora koji možda namjerava dati u podugovor trećim stranama i sve predložene podugovaratelje.

[…]

4. Stavci 1. do 3. ne dovode u pitanje odgovornost glavnog ugovaratelja.

[…]

6. S ciljem izbjegavanja kršenja obveza iz članka 18. stavka 2., moguće je poduzeti odgovarajuće mjere, kao što su:

(a) Ako nacionalno pravo države članice predviđa mehanizam zajedničke odgovornosti između podugovaratelja i glavnog ugovaratelja, dotična država članica osigurava primjenu mjerodavnih pravila u skladu s uvjetima iz članka 18. stavka 2.

(b) Javni naručitelji mogu, u skladu s člancima 59., 60. i 61., provjeriti ili od njih države članice mogu zatražiti da provjere postoji li osnova za isključenje podugovaratelja u skladu s člankom 57. U takvim slučajevima, javni naručitelj zahtijeva da gospodarski subjekt zamijeni podugovaratelja za kojega je provjera pokazala da postoji obvezujuća osnova za isključenje. Javni naručitelj može zatražiti ili od njega država članica može zatražiti da gospodarski subjekt zamijeni podugovaratelja za kojega je provjera pokazala da postoji neobvezujuća osnova za isključenje.

7. Države članice mogu propisati stroža pravila o odgovornosti u okviru nacionalnog prava ili mogu ići dalje u okviru nacionalnog prava u vezi s izravnim plaćanjima podugovarateljima, na primjer određivanjem izravnih plaćanja podugovarateljima, a da oni ne moraju sami zatražiti takva izravna plaćanja.

8. Države članice koje odluče propisati mjere u skladu sa stavcima 3., 5. ili 6. određuju, prema zakonu i drugim propisima te uzimajući u obzir pravo Unije, provedbene uvjete za te mjere. Pri tomu države članice mogu ograničiti njihovu primjenjivost, na primjer u odnosu na određene vrste ugovora, određene kategorije javnih naručitelja ili gospodarskih subjekata ili na određene iznose."

B. Talijansko pravo. Zakonodavna uredba br. 50/2016[4]

9. U skladu s člankom 80. stavkom 5.:

„Javni naručitelji isključuju gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u postupku nabave ako se nalazi u nekoj od situacija koje se navode u nastavku, što vrijedi i za podugovaratelje u slučajevima predviđenim u članku 105. stavku 6. ako:

[…]

i. gospodarski subjekt ne podnese potvrdu iz članka 17. Zakona br. 68 od 12. ožujka 1999. ili sam ne potvrdi ispunjenje navedenog uvjeta;[5]

[…]".

10. Člankom 105. nalaže se:

„[…]

6. Obvezno je naznačiti troje podugovaratelja ako je vrijednost ugovora o javnim radovima, javnim uslugama ili javnoj nabavi robe jednaka ili veća od pragova iz članka 35. i za koje nije potrebna posebna kvalifikacija. U tom slučaju, obavijesti o nadmetanju predviđaju takvu obvezu. U obavijestima o nadmetanju javni naručitelj može predvidjeti druge slučajeve u kojima je obvezno naznačiti troje podugovaratelja čak i ako je vrijednost ugovora niža od pragova predviđenih u članku 35.

[…]

12. Uspješni ponuditelj treba zamijeniti podugovaratelje u odnosu na koje je, nakon provedenog nadzora, dokazano postojanje osnova za isključenje iz članka 80.

[…]"

II. Činjenično stanje i prethodno pitanje

11. Consip je 29. srpnja 2016. objavio poziv na nadmetanje za „isporuku WDM sustava za međupovezanost CED-ova (centar za obradu podataka) odjela RGS, DT i DAG"[6]. Procijenjena vrijednost ugovora bila je 1 420 785,60 eura bez PDV-a.

4 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI br. 91 od 19. travnja 2016. – redovni dodatak br. 10) (Zakonodavna uredba br. 50 od 18. travnja 2016. o provedbi direktiva 2014/23/EU, 2014/24/EU i 2014/25/EU o dodjeli ugovorâ o koncesiji, o javnoj nabavi i o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga te o preuređenju važećih propisa u području ugovora o javnim radovima, ugovora o javnim uslugama te ugovora o javnoj nabavi robe: Zakonik o javnoj nabavi; u daljnjem tekstu: CCP)

5 Na temelju članka 17. Zakona br. 68 iz 1999., javna i privatna poduzeća koja sudjeluju u postupku javne nabave ili koja s javnom upravom imaju sklopljen ugovor o koncesiji ili druge ugovore obvezne su toj javnoj upravi prethodno i pod sankcijom isključenja dostaviti izjavu svojeg zakonskog zastupnika kojom se dokazuje da poštuju pravila o pravu na zapošljavanje osoba s invaliditetom.

6 Predmet javne nabave bile su, među ostalim, usluge međupovezanosti uključujući usluge održavanja i potpore, dodatne širokopojasne usluge, uključujući usluge održavanja i potpore, kao i dodatne usluge prijenosa.

12. U odredbi 11. dokumentacije o nabavi dopušteno je podugovaranje. U tu su svrhu natjecatelji trebali u svojim ponudama navesti da namjeravaju iskoristiti tu mogućnost te naznačiti troje podugovaratelja.

13. Tim je dostavio svoju ponudu te u njoj naveo troje podugovaratelja koje je namjeravao angažirati u slučaju dodjele ugovora. Priložio je europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi (ESPD) za svakog od njih.

14. Javni je naručitelj pri provjeri uvjeta podugovaratelja utvrdio da jedan od njih (društvo Maticmind S.p.A.) ne poštuje pravila o pravu na zapošljavanje osoba s invaliditetom, u skladu s potvrdom od 5. travnja 2017. koju je izdala Općina Milano.

15. Consip je stoga isključio Tim iz postupka nabave, u skladu s člankom 80. stavkom 5. točkom (i) CCP-a.

16. Tim je pobijao navedenu odluku pred sudom koji je uputio zahtjev te je, ukratko, naveo sljedeće:

– Isključenje je bilo nepravedno i neproporcionalno jer, na temelju Direktive 2014/24, osnova za isključenje podugovaratelja može dovesti samo do njegove zamjene.

– Za izvršenje ugovora mogao je, u svakom slučaju, angažirati preostalo dvoje podugovaratelja, na koje se nije odnosila nijedna osnova za isključenje.

– Podugovaranje nije bilo nužno za ispunjenje ugovorne obveze, s obzirom na to da je Tim ispunjavao sve zahtjeve potrebne za samostalno pružanje usluga.

17. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, isključenje Tima u skladu je s člankom 80. stavkom 5. CCP-a. Međutim, na temelju teksta stavaka 6. i 12. članka 105. CCP-a razlikuje što treba učiniti ako se utvrdi postojanje osnove za isključenje koja se odnosi na podugovaratelja:

– Ako se ta provjera provede tijekom postupka nabave i ako za jednog od troje podugovaratelja postoji osnova za isključenje, posljedica je isključenje ponuditelja (članak 80. stavak 5. CCP-a).

– Ako se provjera provede nakon sklapanja ugovora, javni naručitelj treba od uspješnog ponuditelja zatražiti da zamijeni podugovaratelja (članak 105. stavak 12. CCP-a).

18. S obzirom na tu razliku u postupanju, sud koji je uputio zahtjev dvoji je li isključenje ponuditelja, u predmetnim okolnostima, u skladu s člankom 71. stavkom 6. Direktive 2014/24 i poštuje li se njime načelo proporcionalnosti.

19. U tim okolnostima Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) Sudu upućuje sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se članku 57. i članku 71. stavku 6. Direktive 2014/24/EU, nacionalni propis poput onoga iz članka 80. stavka 5. Zakonodavne uredbe br. 50 iz 2016., koji predviđa isključenje gospodarskog subjekta ponuditelja ako se tijekom javne nabave utvrdi osnova za isključenje jednog od troje podugovaratelja naznačenih u ponudi, umjesto da od ponuditelja zahtijeva zamjenu naznačenog podugovaratelja?

2. Podredno, ako Sud utvrdi da je mogućnost isključenja ponuditelja obuhvaćena onima koje su dopuštene državi članici, protivi li se načelu proporcionalnosti, sadržanom u članku 5. UEU-a, koje je navedeno u uvodnoj izjavi 101. Direktive 2014/24/EU i koje Sud navodi kao opće načelo prava Europske unije, nacionalni propis poput onoga iz članka 80. stavka 5. Zakonodavne uredbe br. 50 iz 2016., koji predviđa da se u slučaju utvrđenja tijekom javne nabave osnove za isključenje

naznačenog podugovaratelja u svakom slučaju isključuje i gospodarski subjekt ponuditelj, pa i onda kad postoje drugi neisključeni podugovaratelji koji ispunjavaju zahtjeve za pružanje usluga za podugovaranje ili gospodarski subjekt ponuditelj izjavi da neće angažirati podugovaratelje jer sam ispunjava uvjete za pružanje usluga?"

III. Postupak pred Sudom

20. Tajništvo Suda zaprimilo je zahtjev za prethodnu odluku 14. lipnja 2018.

21. U skladu s člankom 101. Poslovnika, Sud je od suda koji je uputio zahtjev zatražio određena pojašnjenja u pogledu postupka nabave. U svojem odgovoru od 26. ožujka 2019., sud koji je uputio zahtjev pojasnio je sljedeće:

– Tim je bio obvezan u svojoj ponudi naznačiti troje podugovaratelja ako je namjeravao primijeniti podugovaranje.Alternativno, nije morao navesti nijednog, čime bi se odrekao mogućnosti da primijeni podugovaranje.

– U slučaju dodjele ugovora, Tim nije bio obvezan angažirati podugovaratelje navedene u užem izboru odnosno nijednog od njih. Mogao je odustati od podugovaranja i sam izvršiti ugovor.

– Prilikom sastavljanja svoje ponude, Tim nije morao provjeriti postoji li za predložene podugovaratelje fakultativna osnova za isključenje iz članka 57. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24 jer se od njega samo tražilo da dostavi ESPD koji je izdao predstavnik svakog podugovaratelja.

22. Pisana očitovanja podnijeli su Tim, Consip, austrijska vlada i Komisija. Svi su sudjelovali na raspravi održanoj 2. svibnja 2019., osim austrijske vlade.

IV. Ocjena

A. Analiza

23. Talijanskim zakonodavstvom predviđa se da povrede koje je počinio podugovaratelj mogu utjecati na ponuditelja koji ga je predložio u svojoj ponudi na način da te povrede postanu razlog za isključenje ponuditelja iz postupka nabave.

24. Međutim, istim se zakonodavstvom propisuje drukčije postupanje u dvama slučajevima:

– Ako se na povredu podugovaratelja upozori nakon dodjele ugovora, uspješni ponuditelj treba ga zamijeniti.

– Suprotno tomu, ako se ta povreda otkrije u fazi odabira ugovarateljâ, posljedica je drastičnija jer podrazumijeva isključenje samog ponuditelja.

25. Sud koji je uputio zahtjev dvoji o usklađenosti tog dvojnog postupanja s Direktivom 2014/24. Kako bi se odgovorilo na njegova pitanja, smatram da najprije treba analizirati dopušta li se njezinim člankom 57. da se povreda podugovaratelja svrsta među osnove za isključenje ponuditelja, a zatim provjeriti omogućava li se sustavom podugovaranja iz članka 71. te direktive navedeno isključenje.

26. U oba slučaja, temelj koji je doveo do isključenja Tima jest propust (koji je počinio podugovaratelj) koji se odnosi na ispunjenje obveza u području socijalnog i radnog prava. Konkretno, podugovaratelj nije poštovao nacionalna pravila o zapošljavanju osoba s invaliditetom.

27. U članku 18. stavku 2. Direktive 2014/24 državama članicama [7] nalaže se da poduzmu odgovarajuće mjere kako bi osigurale da u izvršavanju ugovora o javnoj nabavi gospodarski subjekti udovoljavaju obvezama koje imaju u području socijalnog i radnog prava (među ostalim), kako su utvrđene nacionalnim pravom.

28. Ta se obveza odnosi na glavne uspješne ponuditelje (ugovaratelje) i podugovaratelje jer i jedni i drugi imaju status gospodarskih subjekata. Njome je zakonodavac Unije želio javnu nabavu pretvoriti u instrument u službi drugih javnih ciljeva u određenim područjima u općem interesu, što se odražava u člancima 57. i 71. Direktive 2014/24.

29. Konkretno, [n]adzor nad poštovanjem odredbi […] socijalnog i radnog prava trebao bi se provoditi u svim fazama postupka nabave, kod primjene općih načela o izboru sudionika i dodjele ugovora, kod primjene kriterija za isključenje […]" [8].

B. Tumačenje članka 57. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24

30. Zakonodavac Unije povezuje članak 18. stavak 2. Direktive 2014/24 s fakultativnom osnovom za isključenje iz njezina članka 57. stavka 4. točke (a). Potonji članak konkretno se odnosi na neispunjenje obveza primjenjivih na temelju prve od navedenih odredbi.

31. Postavlja se pitanje može li postupanje podugovaratelja opravdati (fakultativno) isključenje ponuditelja ili je takvo isključenje, naprotiv, primjenjivo samo na temelju činjenica koje se mogu pripisati samom ponuditelju.

32. Čitanjem teksta članka 57. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24 može se utvrditi da je namjerno sastavljen općenito. Upotrijebljen je bezlični oblik („kršenje […] obveza") [9] kako bi se uputilo na povredu socijalnih i radnih prava a da se pritom ne navedu njezini počinitelji. Tako je ta odredba, sa stajališta doslovnog tumačenja, suprotna drugim odredbama u kojima su utvrđeni mogući počinitelji postupanja koje je odlučujuće za isključenje.

33. Tako je na temelju te gramatičke konstrukcije moguće da subjekt odgovoran za neispunjenje obveze (a prema tome i za postojanje osnove za isključenje) bude i podugovaratelj kao strana koja, s obzirom na to da sama upotrebljava radnike u okviru ugovora o javnoj nabavi, podliježe nacionalnim pravilima o socijalnom i radnom pravu.

34. Ako se uzme u obzir kriterij sustavnog tumačenja, proširenje neispunjenja obveze podugovaratelja na ponuditelja, u početnoj fazi odabira, u skladu je s uvodnom izjavom 40. Direktive 2014/24, na temelju koje „[n]adzor nad poštovanjem odredbi prava okoliša, socijalnog i radnog prava [treba] provoditi u svim fazama postupka nabave" [10].

7 Iako se članak 18. stavak 2. odnosi samo na države članice, uvodna izjava 37. Direktive 2014/24 obuhvaća i javne naručitelje: „[u] svrhu odgovarajuće integracije okolišnih, socijalnih i radnih zahtjeva u postupke javne nabave, od osobite je važnosti da države članice i javni naručitelji poduzmu odgovarajuće mjere za osiguravanje poštovanja obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava […]".

8 Uvodna izjava 40. Direktive 2014/24

9 U jezičnim verzijama koje sam usporedio, značenje je istovjetno: *peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*, u francuskoj jezičnoj verziji; *can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*, u engleskoj jezičnoj verziji; *dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili*, u talijanskoj jezičnoj verziji; *puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis*, u portugalskoj jezičnoj verziji; ili *kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*, u njemačkoj jezičnoj verziji.

10 U prijedlogu Direktive koji je Europska komisija podnijela Europskom parlamentu i Vijeću (COM/2011/0896 *final* – 2011/0438 (COD)) navedeni su čak i sudionici u lancima opskrbe (članak 55.). Otvorenom formulacijom koja je prihvaćena postiže se, po potrebi, veći doseg.

35. Primjenom tog kriterija, člankom 57. stavkom 5. Direktive 2014/24 potvrđuje se da se bilo koji gospodarski subjekt (pa i ponuditelj) može isključiti „s obzirom na djela počinjena ili propuštena bilo prije ili tijekom postupka”. Činjenica da ponuditelj nije proveo nadzor kada je u svojoj ponudi naznačio podugovaratelja koji je prije postupka povrijedio obveze iz članka 18. stavka 2. podrazumijeva, u najmanju ruku, propust iz nemara.

36. U konačnici, u članku 71. stavku 6. točki (a) Direktive 2014/24 izričito se navodi, u pogledu primjene članka 18. stavka 2., „zajedničk[a] odgovornost između podugovaratelja i glavnog ugovaratelja”, kao jedan od mehanizama na koje se mogu pozvati države članice.

37. Ta se odgovornost jednih i drugih ponovno potvrđuje u uvodnoj izjavi 105. Direktive 2014/24, kada se njome državama članicama dopušta da uvedu „mehanizam *zajedničke* odgovornosti između podugovaratelja i glavnog ugovaratelja”. Kao što je dobro poznato, mjera kojom se od subjekata koji su zajednički odgovorni zahtijeva da ispune svoje obveze i kojom se nalažu posljedice njihova neispunjavanja, mogu se jednako odnositi na bilo koga od njih, ne dovodeći u pitanje njihove međusobne unutarnje odnose.

38. Cilj članka 57. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24 potvrđuje valjanost tog pristupa, za koji smatram da je najprikladniji, s obzirom na nedvojbenu namjeru zakonodavca Unije da osigura socijalna i radna prava, uključujući jačanjem njihove zaštite u području javne nabave.

39. U istom je smislu utvrđen cilj da među ponuditeljima ne smije biti narušavanja tržišnog natjecanja. To bi tržišno natjecanje bilo narušeno kad bi ponuditelj, u situaciji dok drugi poštuju pravila, dostavio ponudu, iako zna da jedna od njegovih glavnih sastavnica (podugovaratelj u odnosu na kojeg se predlaže povjeravanje znatnog dijela ugovora) proizlazi iz situacije nedopuštene prednosti na njihovu štetu, upravo zato što nije poštovala obveze u području socijalnog prava. Ta činjenica utječe na samu vjerodostojnost ponuditelja koji se nastoji pozvati na tu nedopuštenu prednost.

40. Na temelju te pretpostavke, i dalje je logično da na ponuditelja i njegovu sposobnost za sklapanje ugovora mogu utjecati povrede podugovaratelja. Što se tiče činjenice da upravo ponuditelj slobodno odlučuje o primjeni mehanizma podugovaranja te odabire i predlaže podugovaratelje koji će sudjelovati u izvršavanju ugovora, ništa se ne protivi tomu da se njegova odgovornost (makar proizlazila samo iz *culpa in eligendo*) proširi na njihovo postupanje u okviru navedenog ugovora.

41. Osim toga, područje podugovaranja u javnoj nabavi podložno je izbjegavanju odgovornosti i neopravdanom smanjenju troškova rada za glavnog ugovaratelja, do kojih može doći već u početnoj fazi nabave (ponuda).

42. Točno je da se u pravu Unije, u odnosu na opću strukturu javne nabave, velika važnost pridaje slobodi poslovnog nastana i slobodnom pružanju usluga, kao i poticanju tržišnog natjecanja među gospodarskim subjektima. Tim se ciljem nastoji postići to da provedba postupka javne nabave bude što šira, a prekomjerna primjena fakultativnih osnova za isključenje mogla bi predstavljati prepreku tome.

43. Međutim, fakultativnim osnovama za isključenje državama se članicama omogućava da ostvare ciljeve u općem interesu i, u svakom slučaju, njima se nastoje osigurati jamstva pouzdanosti, dužne pažnje, profesionalnog poštenja i ozbiljnosti ponuditelja [11].

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

44. Kao što sam naveo u mišljenju u predmetu Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 [12], Direktiva 2014/24 uzima u obzir pouzdanost kao ključni element odnosa. U skladu s uvodnom izjavom 101. prvim podstavkom, javni naručitelji mogu isključiti „gospodarsk[e] subjek[te] koji su dokazano nepouzdani". Na taj način element pouzdanosti sadržava osnove za isključenje koje se odnose na subjektivne uvjete natjecatelja i drugih gospodarskih subjekata koje, u svojstvu podugovaratelja, natjecatelj namjerava angažirati u izvršavanju ugovora.

45. Članak 57. stavak 4. točka (a) Direktive 2014/24 također je pod tim utjecajem. Suprotno tomu, na početku uvodne izjave 101. navodi se nepouzdanost gospodarskih subjekata upravo jer su povrijedili „okolišne ili društvene obveze, uključujući pravila o dostupnosti za osobe s invaliditetom".

46. Sudska praksa Suda državama članicama dodjeljuje široku marginu prosudbe za utvrđivanje fakultativnih osnova za isključenje [13]. Međutim, člankom 57. stavkom 7. Direktive 2014/24 pojašnjava se da države članice određuju provedbene uvjete tih osnova „uzimajući u obzir pravo Unije".

47. Čini mi se legitimnim da se država članica poziva na tu marginu prosudbe kako bi svojim javnim naručiteljima omogućila da na ponuditelja primijene fakultativnu osnovu za isključenje predviđenu člankom 57. stavkom 4. točkom (a) kada se neispunjavanje obveza u socijalnom i radnom pravu može pripisati podugovaratelju kojeg je predložio taj ponuditelj.

48. Međutim, ta se mogućnost isključenja ne ostvaruje automatski, nego ovisi o konkretnim okolnostima koje se odvaguju u skladu s načelima na kojima se temelji javna nabava, među kojima je i načelo proporcionalnosti [14].

49. U skladu s načelom proporcionalnosti, kako bi propusti podugovaratelja mogli utjecati na ponuditelja do te mjere da ga se isključi iz postupka, općenito je nužno da ponuditelj zbog povreda podugovaratelja prestane uživati povjerenje javnog naručitelja. Taj ću aspekt razmotriti kasnije.

C. Tumačenje članka 71. Direktive 2014/24

50. Člankom 71. stavkom 1. Direktive 2014/24 nadležnim se tijelima propisuje zadaća da osiguraju „[p]oštovanje obveza iz članka 18. stavka 2. od strane podugovaratelja" (odnosno obveza, među ostalim, u području socijalnog i radnog prava).

51. Istim člankom 71. stavkom 6. državama se omogućava da „[s] ciljem izbjegavanja kršenja [od strane podugovaratelja] obveza iz članka 18. stavka 2., […] poduz[mu] odgovarajuće mjere".

52. Neke zainteresirane stranke [15] zagovarale su da se članak 71. Direktive 2014/24 ne primjenjuje u fazi odabira natjecatelja, nego u fazi izvršenja ugovora. U potporu svojoj tezi upućuju na uvodnu izjavu 105. te direktive, u kojoj se navode samo glavni ugovaratelj i podugovaratelj, ali ne i sami ponuditelji.

12 Predmet C-267/18, EU:C:2019:393

13 Presuda od 20. prosinca 2017., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, t. 31. i navedena sudska praksa)

14 U skladu s člankom 18. stavkom 1. Direktive 2014/24 „[j]avni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način".

15 Consip i austrijska vlada

53. Smatram da taj prigovor u pogledu terminologije nije odlučujući. Zapravo, u članku 71. Direktive 2014/24, osim izraza „glavni ugovaratelj" (koji znači „gospodarski subjekt kojemu je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi"), upotrijebljeni su izrazi „podugovaratelj", „ponuditelj" (gospodarski subjekt koji je dostavio ponudu) i „gospodarski subjekt". Potonji je izraz širi i obuhvaća bilo koje poduzeće koje na tržištu isporučuje svoje proizvode ili usluge [16], što logično uključuje podugovaratelje.

54. Uvodnu izjavu 105. treba tumačiti u skladu s izričitim upućivanjima u članku 71. Direktive 2014/24 na ponuditelja, glavnog ugovaratelja i gospodarske subjekte. Posljedično, ništa se ne protivi tomu da se ta odredba primjenjuje u fazi koja prethodi dodjeli ugovora (odnosno na ponuditelje) i u kasnijoj fazi (odnosno na ugovaratelje) kako bi utjecala na odnos jednih i drugih s podugovarateljima.

55. Konkretno, članak 71. stavak 6. točka (b) Direktive 2014/24, koji se osobito odnosi na isključenje podugovaratelja zbog povrede obveza predviđenih u članku 18. stavku 2., upućuje na „gospodarskog subjekta", zbog čega se njegov učinak očituje u fazi odabira i u fazi izvršavanja ugovora.

56. Logično je da je to tako jer informacije koje gospodarski subjekt treba pružiti javnom naručitelju u pogledu povezanosti podugovaratelja s ugovorom imaju središnji položaj u Direktivi 2014/24. U tom pogledu upućujem na ono što sam naveo u mišljenju u predmetu Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 [17].

57. Želja zakonodavca na regulatornoj razini odražava se u stavcima 2. i 5. članka 71. Direktive 2014/24 koji se redom odnose na obvezu ponuditelja i glavnog ugovaratelja da obavijeste javnog naručitelja o predviđenom podugovaranju (u fazi odabira) ili podugovaranju koje se već provodi (nakon dodjele ugovora).

58. Članak 71. stavak 6. točka (b) povezan je s tom obvezom obavješćivanja kada javnim naručiteljima dodjeljuje ovlast za primjenu mehanizama predviđenih u člancima 59., 60. i 61. Direktive 2014/24 prilikom provjere postoje li osnove za isključenje nekog podugovaratelja u skladu s člankom 57.

59. Upućivanje u članku 71. na članak 57. obuhvaća obvezujuće i fakultativne osnove za isključenje, u kontekstu povrede obveza iz članka 18. stavka 2. Međutim, posljedice su drukčije:

– Ako se pokaže da za podugovaratelja postoji obvezujuća osnova za isključenje [18], od gospodarskog subjekta *zahtijeva se* da ga zamijeni.

– Ako je riječ o neobvezujućoj osnovi za isključenje [19], javni naručitelj *može zatražiti* da gospodarski subjekt zamijeni podugovaratelja. To je, kao što ću objasniti u nastavku, još jedna od prihvatljivih mjera za djelovanje protiv sudjelovanja neprikladnih podugovaratelja.

60. U tom se pogledu ističu dva normativna elementa:

– S jedne strane, otvorena formulacija upotrijebljena u članku 71. stavku 6. Direktive 2014/24 („[s] ciljem izbjegavanja kršenja obveza iz članka 18. stavka 2., moguće je poduzeti *odgovarajuće mjere*, *kao što su*: […]").

– S druge strane, ovlast koja se priznaje državama članicama da propisuju „stroža pravila o odgovornosti" (članak 71. stavak 7.).

16 U članku 2. stavku 1. točki 10. Direktive „gospodarski subjekt" znači „fizička ili pravna osoba ili javno tijelo ili skupina tih osoba i/ili tijela, uključujući svako privremeno udruženje poduzeća, koja na tržištu nudi izvođenje radova i/ili posla, isporuku robe ili pružanje usluga". Također se „ponuditelj" definira kao „gospodarski subjekt koji je dostavio ponudu" (članak 2. stavak 1. točka 11.).

17 Predmet C-267/18, EU:C:2019:393

18 Odnosno, ako je riječ o povredama obveza u području socijalnog i radnog prava u pogledu kojih je donesena pravomoćna presuda i koje su obuhvaćene nekom od osnova iz članka 57. stavka 1.

19 Onoj iz članka 57. stavka 4. točke (a) koji se osobito odnosi na povredu obveza iz članka 18. stavka 2.

61. Kombinacija dvaju elemenata potkrepljuje, prema mojem mišljenju, ono što već proizlazi iz tumačenja članka 57. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24, odnosno ovlast država članica da u tim slučajevima utvrde izravnu odgovornost ponuditelja koji su predložili podugovaratelje koji su povrijedili članak 18. stavak 2. te direktive.

62. Naime, tekstom koji odgovara stavku 6. članka 71. Direktive 2014/24 ostavlja se mogućnost za uvođenje *drugih* nacionalnih *mjera*. Zakonodavac Unije samo je kao primjer naveo neke od tih mjera za djelovanje protiv povrede obveza u području socijalnog i radnog prava, poput zamjene podugovaratelja za kojeg postoje (obvezujuće ili fakultativne) osnove za isključenje, ali nije onemogućio donošenje drugih mjera. Države članice trebaju točno odrediti uvjete izvršenja potonjih mjera, na temelju članka 71. stavka 8.

63. Isti pristup prevladava u članku 71. stavku 7. kada se njime državama članicama omogućava da u svojim zakonodavstvima, u području podugovaranja, propišu „stroža pravila o odgovornosti". Prema mojem mišljenju, iz teksta tog stavka proizlazi da se ta pravila ne ograničavaju na „izravn[a] plaćanj[a] podugovarateljima" (što se u tekstu izražava izrazom „mogu ići dalje u okviru nacionalnog prava"), nego mogu imati općenitiji doseg.

64. To jasnije proizlazi iz uvodne izjave 105. Direktive 2014/24, kada se u njoj navodi da „države članice i dalje mogu propisati stroža pravila o odgovornosti u okviru nacionalnog prava ili donositi propise u okviru nacionalnog prava o izravnim plaćanjima podugovarateljima". Alternativna rješenja otkrivaju da postoje dvije vrste (mogućih) različitih intervencija.

65. Te ovlasti država članica ne odražavaju se samo na odnos između glavnog ugovaratelja i podugovarateljâ, nego se mogu proširiti i na odnos između javnog naručitelja i ponuditelja koji je, u svojoj ponudi, predložio oslanjanje na usluge podugovaratelja za kojeg postoji osnova za isključenje. Upućujem na prethodno navedeno o zajedničkoj odgovornosti jednih i drugih.

66. Budući da se u članku 57. Direktive 2014/24 na poseban način uređuju osnove za isključenje, člankom 71. stavcima 6. i 7., kada upućuju na taj članak, ojačava se mogućnost da se ponuditelje isključi zbog povreda podugovaratelja koji su izbjegli obveze koje proizlaze iz članka 18. stavka 2. Isključenje natjecatelja i samo je obuhvaćeno člankom 57., ali sustav podugovaranja u članku 71., ponavljam, potvrđuje tu mogućnost.

D. Talijanski sustav isključenja zbog propusta podugovaratelja u odnosu na činjenično stanje

67. Zajednička primjena članka 80. stavka 5. i članka 105. stavka 12. CCP-a podrazumijeva da navođenje u ponudi podugovaratelja koji je povrijedio obveze u području socijalnog i radnog prava koje se odnose na osobe s invaliditetom ima za posljedicu *automatsko* isključenje ponuditelja koji ga je dobrovoljno predložio, ako se to pokaže u fazi koja prethodi dodjeli ugovora.

68. Ta izričita posljedica mogla bi biti neusklađena s načelom proporcionalnosti. Sud je u pogledu Direktive 2004/18[20] odlučivao o fakultativnim osnovama za isključenje i pritom odbio njihovu automatsku primjenu. Iz presude Forposta i ABC Direct Contact[21] proizlazi da automatizam može prekoračiti marginu prosudbe koju države članice imaju na temelju članka 45. stavka 2. Direktive 2004/18 (sada članak 57. stavak 7. Direktive 2014/24).

20 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

21 Presuda od 13. prosinca 2012. (C-465/11, EU:C:2012:801, t. 35.)

69. U skladu s tom presudom, valja „konkretno i pojedinačno ocijeniti ponašanja gospodarskog subjekta o kojem je riječ” [22]. Zbog nepridržavanja tog kriterija Sud je ocijenio neusklađenim s pravom Unije nacionalni zakon koji „obvezuje javnog naručitelja […] da automatski isključi navedeni subjekt iz postupka javne nabave, […] a ne ostavlja javnom naručitelju mogućnost da u svakom zasebnom slučaju ocijeni težinu navodno skrivljenog ponašanja navedenog gospodarskog subjekta […]”.

70. Međutim, Sud nije slijedio tu sudsku praksu, primijenjenu u prethodnim presudama, u predmetu Connexxion Taxi Services. Suprotstavljanjem dotad nužne procjene propusta, koji je ponuditelj počinio s obzirom na načelo proporcionalnosti, poštovanju načela transparentnosti i jednakosti, priklonio se poštovanju potonjih načela. Zaključio je da prevladavaju u slučaju u kojem se, u skladu s „uvjetima iz poziva za nadmetanje, ponuditelj koji je počinio težak profesionalni propust nužno mora isključiti bez uzimanja u obzir (ne)proporcionalnosti te sankcije” [23].

71. Stoga se čini da se obrazac odlučivanja razlikuje ovisno o tome je li automatsko isključenje navedeno samo u zakonu (u tom slučaju treba omogućiti nadzor proporcionalnosti, iako nije predviđen nacionalnim pravilom) ili se izričito propisuje u dokumentaciji o nabavi.

72. Ni iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku ni iz kasnijih pojašnjenja [24] ne proizlazi da je automatsko isključenje bilo naloženo u dokumentima kojima se uređuje dodjela ugovora. Na nacionalnom je sudu da utvrdi je li odredba 11. ili neka druga odredba iz dokumentacije o nabavi sadržavala to obvezujuće nalaganje. Ako je to slučaj, prevladala bi primjena načela transparentnosti i jednakog postupanja prema ponuditeljima, u smislu presude Connexxion Taxi Services [25]. Na taj se način sprečava da se zaobiđe ponuditelja koji poštuje odredbe iz dokumentacije o nabavi u korist nekoga tko ih je povrijedio.

73. U suprotnom, primjenjuju se zahtjevi načela proporcionalnosti. Ponovno, upravo sud koji je uputio zahtjev treba ocijeniti sve relevantne čimbenike, ovoga puta kako bi razjasnio je li isključenje ponuditelja odgovarajuća sankcija za težinu njegova postupanja.

74. Među tim čimbenicima može se ocijeniti čimbenik koji sud koji je uputio zahtjev navodi u svojim pisanim pojašnjenjima, odnosno, to da isključeni ponuditelj nije bio dužan provjeriti je li ESPD podugovaratelja bio istinit, što bi moglo ublažiti sam propust. Međutim, potonji propust i dalje bi postojao, iako u manjoj mjeri, jer ponuditelja ništa nije sprečavalo (kao što je to kasnije učinio javni naručitelj) da prethodno, na druge načine, provjeri povredu podugovaratelja.

75. Kako bi se smanjila odgovornost ponuditelja, nije dovoljno na popisu podugovaratelja, osim podugovaratelja koji je počinio povredu, navesti drugo dvoje pouzdanih gospodarskih subjekata. Kad bi se ta praksa prihvatila, moglo bi se poticati stalno počinjenje prijevare tako da se naznači podugovaratelja koji je počinio povredu (koji, kao što je već navedeno, obično ima manje troškove rada i socijalne troškove), čije bi se usluge zatražile ako se ne otkrije nezakonita situacija u kojoj se nalazi, i drugo dvoje podugovaratelja samo da se nadopuni popis.

76. Odgovornost ponuditelja ne umanjuje ni to da je on sam mogao izvršiti usluge iz ugovora a da ne angažira podugovaratelja. Budući da je slobodno mogao primijeniti mehanizam podugovaranja i da je javnog naručitelja u ponudi obavijestio o svojoj namjeri da iskoristi tu mogućnost i naznači troje podugovaratelja, bio je odgovoran za to da u taj uži izbor ne uključi nijednog podugovaratelja koji je povrijedio nacionalne odredbe u području zapošljavanja osoba s invaliditetom.

22 Presuda od 13. prosinca 2012., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, t. 31.)

23 Presuda od 14. prosinca 2016., Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, izreka)

24 Sažetih u točki 21. ovog mišljenja.

25 Presuda od 14. prosinca 2016. (C-171/15, EU:C:2016:948)

V. Zaključak

77. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na pitanja koja je uputio Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija) odgovori kako slijedi:

„1. Članku 57. stavku 4. točki (a) Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ u načelu se ne protivi to da se isključi ponuditelj koji je u svojoj ponudi izrazio namjeru podugovaranja s gospodarskim subjektom ako je potonji gospodarski subjekt povrijedio primjenjive obveze u području socijalnog i radnog prava utvrđene u nacionalnom pravu.

2. Prilikom odlučivanja o isključenju, javni naručitelj mora imati mogućnost da, u svakom slučaju, ocijeni proporcionalnost te mjere, procjenjujući sve relevantne okolnosti za utvrđenje pouzdanosti ponuditelja, osim ako je u dokumentaciji o nabavi predviđena obveza isključenja a da se ne uzme u obzir proporcionalnost navedene sankcije."