Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 24. veljače 2022. [1]

Predmet C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
protiv
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Ugovori o javnoj nabavi – Ugovori o koncesiji – Dodjela upravljanja integriranom obrazovnom uslugom društvu s mješovitim kapitalom – Odabir privatnog partnera u postupku javne nabave – Zahtjev da udio privatnog partnera u kapitalu društva s mješovitim kapitalom iznosi najmanje 30 % – Neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera”

I. Uvod

1. Ovim se zahtjevom za prethodnu odluku Sudu pruža prilika da pojasni svoju sudsku praksu o tome kako se u pravu Unije tumači institucionalizirano javno-privatno partnerstvo (IJPP), kojim se javni naručitelji ponekad koriste umjesto sklapanja ugovora o javnoj nabavi ili „klasičnih” ugovora o koncesiji.

2. Iako se IJPP [2] izričito ne uređuje nijednom obvezujućom odredbom prava Unije, Europska komisija ga ipak definira kao oblik suradnje između javnih i privatnih partnera koji osnivaju subjekt s mješovitim kapitalom koji izvršava ugovore o javnoj nabavi ili koncesijama [3] i koji je predmet sudske prakse Suda. Sud je smatrao, među ostalim, da se pravu Unije načelno ne protivi primjena postupka u okviru IJPP-a, u kojem se, s jedne strane, odabire privatni partner i, s druge strane, dodjeljuje ugovor o nabavi ili koncesiji javno-privatnom subjektu u osnivanju [4].

[1] Izvorni jezik: francuski

[2] O različitim oblicima javno-privatnog partnerstva, osobito IJPP-a, s obzirom na pravo Unije, vidjeti Bovis, Ch., „Chapter 18: Public service partnerships”, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, pod vodstvom Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016., str. 554. i sljedeće).

[3] Vidjeti Zelenu knjigu o javno-privatnim partnerstvima i pravu Zajednice o javnoj nabavi i koncesijama (COM (2004) 327 *final*), t. 54.).

[4] Vidjeti osobito presudu od 15. listopada 2009., Acoset (C-196/08, u daljnjem tekstu: presuda Acoset, EU:C:2009:628).

3. Čini se da je nepostojanje odredbi prava Unije kojima se uređuje IJPP uzrok poteškoća do kojih dolazi u okviru predmetnog zahtjeva za prethodnu odluku, koje se odražavaju u strukturi i sadržaju ovog mišljenja. S gledišta prava Unije, pravni problem koji se ističe u ovom slučaju nije ni jasno definiran ni precizno kontekstualiziran.

4. Na temelju detaljne analize predmetnog zahtjeva za prethodnu odluku zaključio sam da se pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev odnose na to je li način na koji je javni naručitelj izračunao privatni udio u subjektu s mješovitim kapitalom u osnivanju, da bi zatim isključio jednog ponuditelja iz postupka javne nabave, u skladu s direktivama 2014/23/EU[5] i/ili 2014/24/EU[6].

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2014/23

5. Člankom 3. Direktive 2014/23 određuje se:

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

Koncept postupka dodjele koncesije, uključujući procjenu vrijednosti, nije osmišljen s namjerom da ga se isključi iz područja primjene ove Direktive ili da se određenim gospodarskim subjektima ili određenim radovima, robi ili uslugama nepravedno daje prednost ili da ih se stavlja u nepovoljan položaj.

2. Javni naručitelji i naručitelji za cilj imaju osiguravanje transparentnosti postupka dodjele i izvršavanja ugovora, pridržavajući se pritom članka 28.”

6. Člankom 30. stavcima 1. i 2. te direktive određuj se:

„1. Javni naručitelj ili naručitelj imaju slobodu u organiziranju postupka koji prethodi izboru koncesionara, podložno sukladnosti s ovom Direktivom.

2. Oblik postupka dodjele koncesije mora poštivati načela utvrđena u članku 3. Posebno tijekom postupka dodjele koncesije, javni naručitelj ili naručitelj ne smije davati informacije na diskriminirajući način kojim bi se moglo pogodovati pojedinim natjecateljima ili ponuditeljima u odnosu na druge.”

7. Člankom 38. stavkom 1. navedene direktive predviđa se:

„Javni naručitelji i naručitelji dužni su potvrditi uvjete sudjelovanja koji se odnose na stručnu i tehničku sposobnost te na financijski i gospodarski položaj natjecatelja ili ponuditelja na osnovi

[5] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji (SL 2014., L 94, str. 1. i ispravci SL 2015., L 114, str. 24., SL 2018., L 82, str. 17. i SL 2018., L 181, str. 88.)

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

osobnih izjava, preporuke ili preporuka koje se trebaju dostaviti kao dokaz u skladu sa zahtjevima navedenima u obavijesti o koncesiji, a koji su nediskriminirajući i razmjerni predmetu koncesije. Uvjeti za sudjelovanje moraju biti povezani i razmjerni potrebi za osiguranjem sposobnosti koncesionara da izvrši koncesiju, uzimajući u obzir predmet koncesije i svrhu osiguravanja istinskog nadmetanja."

2. Direktiva 2014/24

8. Člankom 18. stavkom 1. Direktive 2014/24 određuje se:

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

Koncept nabave nije osmišljen s namjerom da je se isključi iz područja primjene ove Direktive ili da se prijetvorno suzi nadmetanje. Smatra se da se nadmetanje prijetvorno sužava kada je koncept nabave osmišljen s namjerom da se određenim gospodarskim subjektima neopravdano da prednost ili ih se stavi u nepovoljan položaj."

9. Člankom 58. stavkom 1. te direktive određuje se:

„Kriteriji za odabir mogu se odnositi na:

(a) sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti;

(b) ekonomsku i financijsku sposobnost;

(c) tehničku i stručnu sposobnost.

Javni naručitelji mogu gospodarskim subjektima postaviti samo kriterije iz stavaka 2., 3. i 4. kao uvjete za sudjelovanje. Oni ograničavaju uvjete na one koji su primjereni za osiguranje da natjecatelj ili ponuditelj ima pravne i financijske mogućnosti te tehničke i stručne sposobnosti za izvršenje ugovora koji treba dodijeliti. Svi uvjeti moraju biti vezani uz i razmjerni predmetu ugovora."

B. Talijansko pravo

10. U talijanskom pravu zakonodavstvo koje se odnosi na društva s mješovitim kapitalom uređuje se decretom legislativom n. 175 – Testo unico in Adiia di società a partecipazione pubblica (Zakonodavna uredba br. 175 o jedinstvenom tekstu u području društava u čijem kapitalu udjele ima javni sektor) od 19. kolovoza 2016.[7], u verziji primjenjivoj na glavne postupke (u daljnjem tekstu: Zakonodavna uredba br. 175).

11. Cilj je Zakonodavne uredbe br. 175, u skladu s njezinim člankom 1., osigurati učinkovito upravljanje javnim udjelima, zaštititi i promicati tržišno natjecanje i tržište te racionalizirati i smanjiti javne troškove. Tom se uredbom predviđa da javna uprava za upravljanje predmetnim

[7] GURI br. 210. od 8. rujna 2016., str. 1.

djelatnostima iz njezina članka 4. može birati između internog upravljanja putem društva čiji je kapital u potpunosti u njezinu vlasništvu i osnivanja društva s mješovitim kapitalom te detaljno uređuje tu drugu mogućnost kako bi bila u skladu s pravom Unije.

12. Što se tiče te druge mogućnosti, u članku 17. stavku 1. Zakonodavne uredbe br. 175 navodi se:

„U javno-privatnim društvima s mješovitim kapitalom postotak udjela privatnog subjekta ne smije biti manji od 30 % i odabir tog subjekta odvija se postupkom javne nabave u skladu s člankom 5. stavkom 9. Zakonodavne uredbe br. 50 iz 2016.[8] i istodobno ima za cilj da privatni partner upiše ili stječe udio te dodjelu ugovora o nabavi ili koncesiji čiji su isključivi predmet djelatnosti društva s mješovitim kapitalom."

III. Činjenice u glavnom predmetu

13. Grad Rim pokrenuo je tijekom 2018. postupak javne nabave s dvostrukim ciljem, s jedne strane, odabrati privatnog partnera kako bi s njim osnovala javno-privatno društvo s mješovitim kapitalom (u daljnjem tekstu: društvo s mješovitim kapitalom u osnivanju) i, s druge strane, dodijeliti tom društvu integriranu obrazovnu uslugu u iznosu od 277 479 616,21 eura, koja je u nadležnosti Grada Rima. U skladu s dokumentacijom za nadmetanje, Grad Rim trebao je imati 51 % udjela u kapitalu navedenog društva, dok je preostalih 49 % trebao steći privatni partner, pri čemu se od potonjeg partnera tražilo da snosi cjelokupni rizik poslovanja.

14. Udruženje sastavljeno od društva Roma Multiservizi SpA i društva Rekeep SpA podnijelo je ponudu.

15. Odlukom br. 435 od 1. ožujka 2019. (u daljnjem tekstu: Odluka o isključenju) to je udruženje isključeno iz postupka koji je u tijeku zbog toga što je društvo Roma Multiservizi u 51-postotnom vlasništvu društva AMA SpA, čiji je kapital u publici cijelosti u vlasništvu Grada Rima, te bi prihvaćanje ponude navedenog udruženja dovelo do toga da Grad Rim zapravo ima stvarni udio od 73,5 % u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju[9], što stoga prelazi gornju granicu od 51 % utvrđenu u dokumentaciji za nadmetanje.

16. Rekeep i Roma Multiservizi osporavali su tu odluku pred Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Okružni upravni sud za Lacij, Italija), koji je njihove tužbe odbio dvjema presudama od 18. lipnja 2019.

[8] Decreto legislativo 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, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Zakonodavna uredba br. 50 o prenošenju 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 reorganizaciji propisa u području javne nabave radova, usluga i robe) od 18. travnja 2016. (GURI br. 91 od 19. travnja 2016., redovni dodatak br. 10).

[9] Naime, stvarni udio od 51 % već je proizlazio iz dokumentacije za nadmetanje. U skladu s tom dokumentacijom, Grad Rima trebao je imati 51 % udjela u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju. Što se tiče ostatka (73,5 % - 51 % = 22,5 %), stvarni udio od 22,5 % u tom društvu trebao je proizlaziti iz činjenice da je udio društva Roma Multiservizi u udruženju osnovanom s društvom Rekeep iznosio otprilike 90 %. Stoga bi 51 % udjela u kapitalu društva Rome Multiservizi koje ima društvo AMA, čiji je kapital u cijelosti u vlasništvu Grada Rima, dovelo do stvarnog udjela Grada Rima od 22,5 % u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). Naime, u svojim pisanim očitovanjima Rekeep i CNS navode da se predviđalo, s jedne strane, da društvo Rekeep ima 10 % udjela u tom udruženju, kao zastupnik, a društvo Roma Multiservizi 90 %, kao vodeće društvo, i, s druge strane, da u kapitalu društva s mješovitim kapitalom koje će se osnovati s Gradom Rimom ta društva sudjeluju razmjerno svojem udjelu u tom udruženju.

17. Rekeep i Roma Multiservizi podnijeli su žalbu protiv tih dviju presuda sudu koji je uputio zahtjev.

18. Iz očitovanja tih stranaka proizlazi da je tijekom ispitivanja njihovih žalbi Grad Rima nakon pregovaračkog postupka pružanje predmetne usluge dodijelio udruženju CNS.

IV. Postupak pred Sudom i prethodna pitanja

19. U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) odlukom od 13. veljače 2020., koju je Sud zaprimio 22. srpnja 2020., odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća pitanja:

„1. Je li u skladu s pravom [Unije] i pravilnim tumačenjem uvodnih izjava 14. i 32. kao i članaka 12. i 18. Direktive 24/2014 i članka 30. Direktive [23/2014], također s obzirom na članak 107. UFEU-a, to što u svrhu određivanja minimalne visine udjela privatnog partnera od 30 % u kapitalu javno-privatnog društva u osnivanju s mješovitim kapitalom, koju nacionalni zakonodavac smatra primjerenom u skladu s načelima [prava Unije] koja je utvrdila sudska praksa Unije, treba uzeti u obzir isključivo formalni odnosno dokumentarni sastav kapitala takvog privatnog partnera, odnosno, može li, ili čak mora li, javni naručitelj koji provodi postupak javne nabave uzeti u obzir i svoje neizravne udjele u kapitalu privatnog partnera koji se natječe u postupku?

2. U slučaju potvrdnog odgovora na prethodno pitanje, je li u skladu s načelima [prava Unije], konkretno s načelom tržišnog natjecanja, proporcionalnosti i primjerenosti, to što javni naručitelj koji provodi postupak javne nabave može iz postupka isključiti privatnog partnera koji se natječe u postupku, čiji je stvarni udio u javno-privatnom društvu u osnivanju s mješovitim kapitalom, zbog utvrđenog izravnog ili neizravnog udjela javnog sektora u kapitalu, zapravo manji od 30 %?”

20. Stranke glavnog postupka i CNS, kao i Komisija, podnijeli su pisana očitovanja. Rasprava nije održana.

V. Analiza

A. Predmet prethodnih pitanja

21. Tumačenje zahtjeva za prethodnu odluku pokazuje da, s obzirom na okolnosti glavnog predmeta, sud koji je uputio zahtjev uzima u obzir dva zahtjeva u pogledu javnog i privatnog udjela u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju.

22. Prvi zahtjev odnosi se na minimalnu visinu udjela od 30 % koji se zahtijeva od privatnog partnera za stjecanje kapitala u subjektu s mješovitim kapitalom u osnivanju, u skladu s člankom 17. stavkom 1. Zakonodavne uredbe br. 175. Taj minimalni prag privatnog udjela logično odgovara najvišem pragu javnog udjela od 70 %.

23. Drugi je zahtjev onaj koji je u ovom slučaju utvrdio sam javni naručitelj u postupku javne nabave, odnosno udio od 49 % za privatnog partnera i od 51 % za javnog naručitelja.

24. Dva prethodna pitanja, kako ih je sastavio sud koji je uputio zahtjev, upućuju samo na minimalni prag udjela od 30 % koji se zahtijeva od privatnog partnera za stjecanje kapitala u društvu s mješovitim kapitalom. U tom kontekstu napominjem da sud koji je uputio zahtjev ne pita Sud o valjanosti tog praga s obzirom na pravo Unije. Iz teksta tih pitanja proizlazi da sud koji je uputio zahtjev tim pitanjima želi znati protivi li se pravu Unije to da se u svrhu određivanja takvog minimalnog praga udjela od 30 % uzme u obzir neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu tog privatnog partnera.

25. Međutim, obrazloženje zahtjeva za prethodnu odluku nije tako nedvosmisleno u pogledu predmeta prethodnih pitanja.

26. Naime, s jedne strane, u skladu s tekstom prethodnih pitanja, sud koji je uputio zahtjev navodi da za rješavanje glavnog predmeta „valja utvrditi treba li u svrhu poštovanja pragova udjela u kapitalu društva s mješovitim kapitalom (u osnivanju) (ne više od 70 % u odnosu na udio koji ima javni sektor, ne manje od 30 % u pogledu udjela privatnog partnera) uzeti u obzir samu pravnu prirodu privatnog partnera, odnosno ako u kapitalu tog društva sudjeluje javni dioničar, treba li uzeti u obzir i njegov javni udio”.

27. S druge strane, sud koji je uputio zahtjev navodi i da se zakonitost ograničenja javnog udjela (51 %) i privatnog udjela (49 %) nije osporavala u glavnom postupku. Stoga smatra da se „ [taj] spor odnosi na zakonitost odluke javnog naručitelja koji je, u svrhu ispitivanja poštovanja gornje granice od 51 % svojeg udjela u novom društvu u osnivanju, smatrao da treba uzeti u obzir i svoj [neizravni udio u tom društvu]”.

28. S obzirom na dvosmislenost predmeta prethodnih pitanja, napominjem, kao prvo, da sud koji je uputio zahtjev navodi da se *lex specialisom* na temelju kojeg je pokrenut postupak javne nabave, čije su odredbe „djelotvorne” u glavnom predmetu, precizno utvrđuju javni i privatni udio od 51 % odnosno 49 %[10]. Stoga se čini da se u okviru glavnog postupka, koji se odnosi na Odluku o isključenju, sud koji je uputio zahtjev prije svega pita o zahtjevima koji se odnose na javni i privatni udio utvrđenim u dokumentaciji za nadmetanje.

29. Kao drugo, kad im je postavljeno pitanje je li Odluka o isključenju formalno opravdana povredom članka 17. stavka 1. Zakonodavne uredbe br. 175 ili nepoštovanjem zahtjeva za raspodjelu kapitala utvrđenog u dokumentaciji za nadmetanje, stranke su većinom dale prednost toj drugoj pretpostavci.

30. Društvo Roma Multiservizi dalo je kategorički odgovor, pri čemu je navelo da se u Odluci o isključenju poziva na navodno nepoštovanje raspodjele kapitala navedene u dokumentaciji za nadmetanje.

31. Grad Rim najprije je naveo da ponuda udruženja na koju se odnosi Odluka o isključenju sadržava dvije nepravilnosti koje se odnose na dva zahtjeva u pogledu javnog i privatnog udjela. Naime, Grad Rim zatim je ponovio razloge za isključenje tog udruženja, iz kojih proizlazi da se to isključenje temelji na razmatranju da je „udio poduzetničkog kapitala u [društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju] koji se može pripisati privatnim ulaganjima manji od 49 %, što očito ne ispunjava uvjete navedene u dokumentaciji za nadmetanje i aktima koje je odobrilo općinsko vijeće”.

[10] Isto tako, u skladu s informacijama sadržanim u zahtjevu za prethodnu odluku, društva Roma Multiservizi i Rekeep osporavali su Odluku o isključenju pozivajući se, među ostalim, na povredu, pogrešnu primjenu i nedopušteno konačno tumačenje onoga što te stranke smatraju *lex specialisom*.

32. U skladu s odgovorom Grada Rima, društvo Rekeep navelo je da se obrazloženje Odluke o isključenju odnosi samo na nepoštovanje udjela u kapitalu predviđenih dokumentacijom za nadmetanje, pri čemu je dodalo da se u uvodnim razmatranjima te odluke navodi Zakonodavna uredba br. 175.

33. Čini se da Komisijin odgovor implicitno ide u istom smjeru. Ta institucija smatra očitim da se utvrđivanje privatnog udjela na 49 %, te isključenje koje iz toga proizlazi, temelji isključivo na ograničenju predviđenom u članku 17. Zakonodavne uredbe br. 175. Iz toga zaključujem da isključenje za Komisiju izravno *proizlazi* iz nepoštovanja zahtjeva koji se odnosi na privatni udio utvrđenog u dokumentaciji za nadmetanje u visini od 49 %.

34. Samo CNS smatra da se Odluka o isključenju temelji na povredi članka 17. stavka 1. Zakonodavne uredbe br. 175 i na neispunjenju zahtjeva u pogledu raspodjele kapitala utvrđenog u dokumentaciji za nadmetanje. Međutim, odlomci te odluke koje je naveo CNS odnose se samo na zahtjeve za javni i privatni udio utvrđene u postupku javne nabave.

35. S obzirom na ta pojašnjenja, valja smatrati da svojim prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev želi znati protivi li se pravu Unije to da se u svrhu određivanja postotka privatnog udjela u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju uzme u obzir neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera koji se natječe u postupku.

36. Prema tome, drugo prethodno pitanje treba shvatiti na način da sud koji je uputio zahtjev želi znati protivi li se pravu Unije to da javni naručitelj isključi iz postupka javne nabave privatnog partnera koji se natječe u postupku, čiji stvarni udio u subjektu s mješovitim kapitalom u osnivanju ne ispunjava zahtjev koji se odnosi na minimalni prag privatnog udjela utvrđen u dokumentaciji za nadmetanje.

37. Moram iznijeti nekoliko dodatnih napomena u pogledu prethodnih pitanja koja su tako preoblikovana.

38. Kao prvo, iz prvotnog teksta prvog pitanja proizlazi da sud koji je uputio zahtjev želi znati protivi li se pravu Unije to da javni naručitelj ne uzima u obzir bilo kakav javni udio u kapitalu privatnog partnera koji se natječe u postupku, nego samo „svoj vlastiti udio" u kapitalu tog partnera („može li, ili čak mora li, javni naručitelj koji provodi postupak javne nabave uzeti u obzir i svoje neizravne udjele u kapitalu privatnog partnera"). Nekoliko odlomaka zahtjeva za prethodnu odluku potkrepljuje takvo tumačenje ne samo u pogledu zahtjeva koji se odnose na javni i privatni udio utvrđenih u postupku javne nabave [11] nego i, što je još važnije u okviru glavnog predmeta, Odluke o isključenju [12].

39. Nadalje, iz teksta prvog prethodnog pitanja proizlazi da sud koji je uputio zahtjev upućuje na to „može li, ili čak mora li" se uzeti u obzir takav neizravni udio. Doista, nesporno je da je javni naručitelj u glavnom predmetu uzeo u obzir svoj neizravni udio. Za preispitivanje Odluke o isključenju dovoljno je utvrditi protivi li se pravu Unije takvo uzimanje u obzir.

[11] Sud koji je uputio zahtjev navodi, među ostalim, da je javni naručitelj „utvrdio udio Grada Rima na 51 % i udio privatnog partnera na 49 %" te da je taj javni naručitelj organizirao postupak javne nabave „u kojem se udio Grada Rima utvrdio na 51 %".

[12] Sud koji je uputio zahtjev navodi, među ostalim, da bi „Grad Rim […] na kraju u javno-privatnom društvu imao stvarni udio od 73,5 % , što stoga prelazi granicu od 51 % utvrđenu u dokumentaciji za nadmetanje" i da „udio Grada Rima u [društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju] prelazi granicu od 51 %".

40. Osim toga, sud koji je uputio zahtjev navodi da se drugo prethodno pitanje postavlja u slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje. Međutim, prvotni tekst prvog pitanja sadržava dvije mogućnosti („[j]e li u skladu s [odredbama prava Unije] […] to što […] treba uzeti u obzir isključivo [izravni udio], odnosno, može li, ili čak mora li, javni naručitelj […] uzeti u obzir i […] neizravne udjele u kapitalu privatnog partnera koji se natječe u postupku"). U svakom slučaju, valja smatrati da se drugo pitanje postavlja u slučaju da se na prvo pitanje odgovori tako da se pravu Unije ne protivi uzimanje u obzir neizravnog udjela javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera koji se natječe u postupku.

41. Naposljetku, kako bi se sudu koji je uputio zahtjev mogao dati koristan odgovor, valja utvrditi režim koji je primjenjiv u glavnom predmetu i njegove odredbe čije je tumačenje potrebno za rješavanje spora koji se pred njim vodi. Naime, ne čini se da su sve odredbe koje je sud koji je uputio zahtjev naveo u svojem zahtjevu za prethodnu odluku relevantne. Zbog toga neke stranke dovode u pitanje dopuštenost prethodnih pitanja.

B. Dopuštenost prethodnih pitanja i primjenjiv režim

42. Sud koji je uputio zahtjev u svojem prvom pitanju upućuje na nekoliko odredbi prava Unije, a da pritom izričito ne navodi razloge zbog kojih je doveo u pitanje njihovo tumačenje. Što se tiče drugog pitanja, sud u njemu samo spominje načela prava, osobito načela tržišnog natjecanja, proporcionalnosti i primjerenosti, a da pritom ne upućuje ni na jednu odredbu tog prava.

43. U tom pogledu Komisija smatra da je prvo prethodno pitanje nedopušteno u dijelu u kojem se odnosi na članak 107. UFEU-a, dok CNS dovodi u pitanje dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku u cijelosti [13]. Te ću prigovore nedopuštenosti ispitati u okviru svojeg ispitivanja zahtjeva za prethodnu odluku, koje ću provesti radi utvrđivanja odredbi prava Unije relevantnih za ovaj predmet.

1. Direktive 2014/23 i 2014/24

44. Prvo prethodno pitanje, kako ga je sastavio sud koji je uputio zahtjev, odnosi se na Direktivu 2014/23 i na Direktivu 2014/24. Tim se direktivama utvrđuju pravila koja se primjenjuju na postupke dodjele ugovora o koncesiji odnosno pravila koja se primjenjuju na postupke sklapanja ugovora o nabavi.

45. Kako bi se utvrdilo koja je direktiva primjenjiva u ovom slučaju, valja ispitati predmet postupka javne nabave i ugovor koji je javni naručitelj namjeravao sklopiti nakon pokretanja tog postupka javne nabave.

46. Postupak javne nabave o kojem je riječ u glavnom postupku ima dva predmeta, tako da se može smatrati da se ugovor koji treba sklopiti sastoji od dvaju dijelova, od kojih se prvi odnosi na odabir privatnog partnera u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju, a drugi na dodjelu integrirane obrazovne usluge tom društvu.

[13] Prema CNS-ovu mišljenju, sud koji je uputio zahtjev samo traži provjeru usklađenosti nacionalnog prava s obzirom na opća načela prava Unije, a da pritom nije konkretno utvrdio posebne odredbe u pogledu kojih treba ispitati tu usklađenost. Osim toga, CNS smatra da se nerelevantnost prethodnog pitanja dokazuje činjenicom da u pravu Unije ne postoje posebne odredbe koje se odnose na oblike javno-privatnog partnerstva.

47. Može li prvi dio utjecati na primjenjivost Direktive 2014/23 ili Direktive 2014/24 u pogledu oba dijela ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku? Sudska praksa sadržava korisne smjernice za odgovor na to pitanje.

a) Relevantna sudska praksa

48. U predmetu u kojem je donesena presuda Club Hotel Loutraki i dr. [14], Sud se suočio sa sličnim pitanjem. Zahtjev za prethodnu odluku odnosio se na ugovor koji se sastojao od triju sporazuma: sporazum o prijenosu 49 % dionica javnog poduzeća radi njegove privatizacije, sporazum na temelju kojeg je preuzimatelj preuzeo upravljanje kasinom uz naknadu i sporazum na temelju kojeg se taj preuzimatelj obvezao provesti plan poboljšanja prostora kasina.

49. Kako bi riješio to pitanje, Sud je, nakon što je potvrdio da je sud koji je uputio zahtjev pravilno kvalificirao ugovor kao „mješoviti ugovor" [15], ispitao predstavlja li predmetni ugovor nedjeljivu cjelinu i je li zbog svojeg glavnog predmeta u cjelini obuhvaćen jednom od direktiva o kojima je riječ [16]. Time se Sud pozvao na sudsku praksu prema kojoj „u slučaju mješovitog ugovora […] čiji su različiti dijelovi nerazdvojivo povezani i stoga čine nedjeljivu cjelinu, transakciju o kojoj je riječ treba ispitati kao jedinstvenu cjelinu u svrhu njezine pravne kvalifikacije i treba je ocijeniti na temelju pravila koja uređuju dio koji čini glavni predmet ili odlučujući element ugovora" [17].

50. Što se tiče te sudske prakse, Sud je, kao prvo, istaknuo da je riječ o mješovitom ugovoru koji čini nedjeljivu cjelinu s obzirom na to da se taj ugovor trebao sklopiti s jednim partnerom koji istodobno ima financijsku sposobnost za kupnju predmetnih dionica i profesionalno iskustvo u upravljanju kasinom. Kao drugo, Sud je smatrao da je prijenos 49 % dionica javnog poduzeća bio glavni predmet ugovora o kojem je riječ [18]. Naime, to utvrđenje proizlazilo je iz činjenice da je prijenos dionica predstavljao postupak privatizacije i proizveo učinke bez vremenskog ograničenja, što je preuzimatelju, kao dioničaru, omogućilo da ostvari mnogo veće prihode od naknade koja mu je pripadala za pružanje usluga [19].

51. U presudi Mehiläinen i Terveystalo Healthcare [20] Sud je na temelju iste sudske prakse [21] ispitao dogovor na temelju kojeg je javni naručitelj s privatnim subjektom koji je neovisan o njemu sklopio ugovor kojim se predviđa osnivanje zajedničkog poduzeća, u obliku dioničkog društva, kojim se taj javni naručitelj u trenutku tog osnivanja obvezao da će tijekom prijelaznog razdoblja od četiri godine nabaviti usluge povezane sa zdravljem i dobrobiti na radnom mjestu koje je trebao pružati svojim zaposlenicima.

52. U presudi Healthcare, kao i u presudi Club Hotel Loutraki i dr., Sud je potvrdio da predmetni dogovor predstavlja mješoviti ugovor. Međutim, Sud je smatrao da dijelovi tog dogovora nisu nerazdvojivi jer nije postojala objektivna potreba za sklapanjem mješovitog ugovora s jednim partnerom. Konkretno, prema mišljenju Suda, odvojivost dijela koji se odnosi na usluge od ostatka mješovitog ugovora potkrijepljena je činjenicom, s jedne strane, da je javni naručitelj

14 Presuda od 6. svibnja 2010. (C-145/08 i C-149/08, u daljnjem tekstu: presuda Club Hotel Loutraki i dr., EU:C:2010:247)

15 Presuda Club Hotel Loutraki i dr. (t. 46.).

16 Presuda Club Hotel Loutraki i dr. (t. 50.).

17 Presuda Club Hotel Loutraki i dr. (t. 48. i navedenu sudsku praksu).

18 Presuda Club Hotel Loutraki i dr. (t. 57.).

19 Presuda Club Hotel Loutraki i dr. (t. 55. i 57.).

20 Presuda od 22. prosinca 2010. (C-215/09, u daljnjem tekstu: presuda Healthcare, EU:C:2010:807)

21 Presuda Healthcare (t. 36.).

izrazio namjeru da na kraju prijelaznog razdoblja pokrene postupak javne nabave za takve usluge i, s druge strane, da je zajedničko poduzeće stvarno osnovano i da je poslovalo bez dijela koji se odnosio na usluge [22].

53. U presudi Acoset Sud, kad mu se postavilo pitanje o izravnoj dodjeli lokalne javne usluge integriranog upravljanja vodom društvu s mješovitim kapitalom, uopće nije postavio pitanje predstavlja li predmetni ugovor mješoviti ugovor čiji su različiti dijelovi nerazdvojivo povezani i stoga čine nedjeljivu cjelinu. Kako bi utvrdio je li ta dodjela obuhvaćena jednom od predmetnih direktiva, Sud se usredotočio na lokalnu javnu uslugu integriranog upravljanja vodom i na radove povezane s upravljanjem tom uslugom.

54. Međutim, presudu Acoset ne može se tumačiti na način da, u slučaju ugovora koji se sastoji od nekoliko dijelova, od kojih se jedan odnosi na osnivanje društva s mješovitim kapitalom, taj dio treba zanemariti i ispitati samo ostale dijelove. Takvo bi tumačenje bilo protivno sudskoj praksi koja je uslijedila nakon te presude, navedenoj u prethodnim točkama ovog mišljenja.

55. Stoga presudu Acoset treba shvatiti na način da je Sud implicitno smatrao, kao prvo, da je riječ o mješovitom ugovoru čiji dijelovi čine nedjeljivu cjelinu i, kao drugo, da je dio koji se odnosi na lokalnu javnu uslugu glavni predmet tog ugovora.

56. Iz toga slijedi da je ugovor sklopljen u okviru postupka koji je pokrenuo javni naručitelj i koji se odnosi na odabir privatnog partnera za društvo s mješovitim kapitalom i na dodjelu ugovora ili koncesije tom društvu mješoviti ugovor koji se sastoji od dvaju dijelova [23]. Usto, što se tiče takvog mješovitog ugovora, kao prvo, valja utvrditi jesu li različiti dijelovi ugovora neodvojivo (nerazdvojivo) povezani i čine li nedjeljivu cjelinu; kao drugo, valja utvrditi glavni predmet ili odlučujući element tog ugovora i, kao treće, utvrditi režim koji se primjenjuje na navedeni ugovor s obzirom na taj glavni predmet ili taj odlučujući element [24].

[22] Presuda Healthcare (t. 43. i 44.).

[23] Čini se da neke stranke dovode u pitanje kvalifikaciju ugovora u kojem se jedan dio odnosi na odabir privatnog partnera za osnivanje subjekta s mješovitim kapitalom kao „mješovitog ugovora”. Naime, iako Sud nije upotrijebio pojam „mješoviti ugovor” u presudi Acoset, učinio je to u presudama Club Hotel Loutraki i dr. i Healthcare. Usto, čak i pod pretpostavkom da se Direktiva 2014/24 primjenjuje u ovom slučaju i da ugovor o kojem je riječ u glavnom postupku nije obuhvaćen pojmom „mješoviti ugovor” u smislu članka 3. te direktive, s obzirom na to da se odabir privatnog partnera za osnivanje društva s mješovitim kapitalom ne odnosi na javnu nabavu (vidjeti bilješku 24.), taj ugovor ipak može biti obuhvaćen širom kategorijom mješovitih ugovora na koju se, čini se, Sud poziva u presudama Club Hotel Loutraki i dr. i Healtcare.

[24] Neovisno o rješenju do kojeg je Sud došao u svojoj sudskoj praksi, pod pretpostavkom da se Direktiva 2014/24 primjenjuje u glavnom predmetu, isti rezultat mogao bi se *a priori* postići na temelju članka 3. stavka 6. te direktive prema kojem se, „[k]ada se različiti dijelovi određenog ugovora objektivno ne mogu razdvojiti, primjenjivi pravni režim određuje […] na temelju glavnog predmeta tog ugovora”. U skladu s navedenom direktivom predmet ugovora je izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga. Stoga se postavlja pitanje jesu li odabir privatnog partnera i osnivanje društva s mješovitim kapitalom obuhvaćeni pojmom „ugovor” u smislu iste direktive. Čini se da se u pravnoj teoriji smatra da je to slučaj (vidjeti u tom smislu u dijelu u kojem autor upućuje na članak 3. stavak 4. Direktive 2014/24, Andrecka, M., „Institutionalized Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*,, sv. 9., br. 3, 2014., str. 176.). Osim toga, s obzirom na dvojbe u pogledu režima koji se primjenjuje u ovom slučaju, valja istaknuti razliku između teksta Direktive 2014/24, čijim se člankom 3. stavkom 6. predviđa da, „[k]ada se različiti dijelovi određenog ugovora objektivno ne mogu razdvojiti, primjenjivi pravni režim određuje se na temelju glavnog predmeta tog [mješovitog] ugovora”, i teksta Direktive 2014/23, čijim se člankom 20. stavkom 5. predviđa da, „[k]ada se razni *dijelovi određenog ugovora* objektivno ne mogu razdvojiti, određuje se primjenjivi pravni režim na temelju glavnog predmeta tog ugovora” (moje isticanje), pri čemu mi se čini da je potonji režim fleksibilniji, barem u pogledu određenih jezičnih verzija tih direktiva, osobito francuske.

b) Primjena

1) Mješoviti ugovor: neodvojivi dijelovi?

57. Smatram da su dva dijela ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku neodvojiva, kao što je to bio slučaj u predmetima u kojima su donesene presude Club Hotel Loutraki i dr. i Acoset.

58. Naime, kako bi se osiguralo da društvo s mješovitim kapitalom koje se sastoji od javnog naručitelja i privatnog partnera pruža integriranu obrazovnu uslugu, objektivno je potrebno odabrati partnera koji ima financijsku sposobnost potrebnu za stjecanje 49 % kapitala društva s mješovitim kapitalom u osnivanju i koji ispunjava druge uvjete koji mu omogućuju da u obliku društva s mješovitim kapitalom preuzme integriranu obrazovnu uslugu i da pritom snosi cjelokupan rizik poslovanja. Stoga se dva dijela ugovora trebaju odnositi na istog partnera, čak i ako se tehnički prvi dio odnosi na odabir privatnog partnera, a drugi dio na dodjelu integrirane obrazovne usluge društvu s mješovitim kapitalom u kojem taj partner drži 49 % dionica [25].

59. Štoviše, za razliku od predmeta u kojem je donesena presuda Healthcare [26] i u kojem su okolnosti povezane s dijelom koji se odnosi na usluge bile vrlo posebne, ni na temelju čega se ne može smatrati da se u ovom predmetu dio koji se odnosi na osnivanje društva s mješovitim kapitalom može odvojiti od dijela koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu. Bez tog drugog dijela, društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju objektivno bi se oduzeo njegov razlog postojanja s gospodarskog aspekta. U talijanskom pravu, u skladu s člankom 17. stavkom 1. Zakonodavne uredbe br. 175, ugovor o nabavi ili koncesiji predstavlja isključivi predmet djelatnosti društva s mješovitim kapitalom.

60. Sada valja utvrditi je li glavni predmet ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku dio koji se odnosi na osnivanje društva s mješovitim kapitalom ili dio koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu.

2) Glavni predmet ugovora

61. Smatram da je dio koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu glavni predmet mješovitog ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku.

62. Društvo s mješovitim kapitalom u osnivanju bilo je samo sredstvo kojim se osigurava da integriranu obrazovnu uslugu pruža IJPP i ni na koji način nije bilo svrha postupka javne nabave. Za razliku od predmeta u kojem je donesena presuda Club Hotel Loutraki i dr., u ovom slučaju nije riječ o stjecanju dionica u već postojećem javnom poduzeću radi njegove privatizacije, nego o osnivanju društva s mješovitim kapitalom radi pružanja integrirane obrazovne usluge.

[25] Vidjeti po analogiji točku 53. presude Club Hotel Loutraki i dr., u vezi s njezinom točkom 28., prema kojoj je predmetni mješoviti ugovor uključivao „dio koji se odnosio na prodaju dionica koju je [društvo Ellinika Touristika Akinita AE] izvršilo najboljem ponuditelju [i] dio koji se odnosio na ugovor o uslugama koji se treba sklopiti s najboljim ponuditeljem koji preuzima obveze upravljanja kasinom”, dok je, kao što to proizlazi iz točke 25. te presude, društvo koje treba osnovati ponuditelj (i to ne sam taj ponuditelj) djelovalo kao upravitelj i sklopilo barem jedan sporazum. Vidjeti u tom pogledu i presudu Acoset (t. 54. i 61.).

[26] Vidjeti točku 52. ovog mišljenja.

63. Usto, u tom je predmetu držanje dionica u već postojećem javnom poduzeću samo po sebi predstavljalo znatan izvor prihoda. Ni na temelju čega se ne može smatrati da je to slučaj u ovom predmetu. Stoga se iz presude Club Hotel Loutraki i dr. ne može zaključiti da je u ovom slučaju osnivanje društva s mješovitim kapitalom glavni predmet ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku.

64. Slijedom toga, pitanje koja se direktiva primjenjuje u okviru glavnog postupka treba ispitati s obzirom na dio koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu.

3) Ugovori o javnoj nabavi usluga ili koncesije za usluge?

65. Zahtjev za prethodnu odluku nepotpun je u pogledu dijela koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu.

66. Svakako je točno da odgovori stranaka na pisana pitanja Suda pružaju određena pojašnjenja o rasponu usluga koje čine dio koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu [27]. Međutim, na temelju tih pojašnjenja u okviru ovog mišljenja ne može se smatrati da je taj dio nedvojbeno obuhvaćen „ugovorom o javnoj nabavi usluga" ili „koncesijom za usluge".

67. U svakom slučaju, za takvu je konkretnu kvalifikaciju isključivo nadležan nacionalni sud [28]. Sud može, ovisno o slučaju, dati pojašnjenja kojima se taj nacionalni sud usmjerava u tom provođenju kvalifikacije.

68. U tom pogledu ističem, kao prvo, da ugovori o javnoj nabavi usluga u smislu Direktive 2014/24 uključuju naknadu koju javni naručitelj izravno plaća pružatelju usluga [29]. Suprotno tomu, koncesija za usluge u smislu Direktive 2014/23 sastoji se od povjeravanja pružanja usluga i upravljanja njima, pri čemu se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje predmetnih usluga ili od tog prava i plaćanja [30]. U tom je smislu Sud priznao postojanje koncesije za usluge, osobito u slučajevima u kojima naknada pružatelja proizlazi iz plaćanja koja su izvršili korisnici usluge [31]. Slijedom toga, okolnost da, kao što to navodi sud koji je uputio zahtjev, društvo s mješovitim kapitalom osnovano u skladu s talijanskim pravom zapravo obavlja djelatnost uz naknadu i ostvaruje dobit (čak i ako je ona, prema mišljenju tog suda, skromna) može biti naznaka da treba primijeniti Direktivu 2014/23.

27 Iz očitovanja stranaka i njihovih odgovora na pisana pitanja Suda proizlazi da se integrirana obrazovna usluga sastoji od opće podrške, održavanja, dostave robe i čišćenja u jaslicama i školama te prijevoza učenika. Čini se da postojanje usluge koja se odnosi na prijevoz učenika u tom rasponu nije potaknulo sud koji je uputio zahtjev da razmotri primjenu Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.). U svakom slučaju, s jedne strane, tom se direktivom u člancima 4. i 6. predviđaju i pravila koja se odnose na mješovite ugovore i, s druge strane, ni na temelju čega se ne može smatrati da je prijevoz učenika glavni predmet ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku ili njegova dijela koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu.

28 Vidjeti u tom smislu presudu od 10. studenog 2011., Norma-A i Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, t. 57. i 59.).

29 Vidjeti članak 2. stavak 1. točku 5. Direktive 2014/24. Vidjeti u tom smislu i presudu Acoset (t. 39. i navedena sudska praksa).

30 Vidjeti članak 5. stavak 1. točku (b) Direktive 2014/23.

31 Vidjeti presudu Acoset (t. 43. i navedena sudska praksa).

69. Kao drugo, ako je oblik naknade jedan od odlučujućih elemenata za kvalifikaciju koncesije za usluge, ta koncesija za usluge podrazumijeva da preuzimatelj snosi rizik povezan s pružanjem predmetnih usluga [32]. Razlikovni kriterij koji se odnosi na prijenos takvog rizika kodificiran je Direktivom 2014/23 [33]. U opisu tog kriterija, u talijanskoj jezičnoj verziji te direktive upotrebljava se pojam „rischio operativo" (operativni rizik). Isti se pojam upotrebljava u odluci kojom je Grad Rim pokrenula postupak javne nabave kako bi se pojasnilo da se od odabranog ponuditelja traži da snosi takav cjelokupan rizik [34].

70. Kao treće, kako bi odgovorio na prethodna pitanja, Sud može, na temelju dokaza koji su mu podneseni, krenuti od pretpostavke da je ugovor obuhvaćen jednom od predmetnih direktiva [35]. Međutim, u nedostatku dokaza koji omogućuju donošenje odluke o režimu primjenjivom u ovom slučaju, čini mi se da takav pristup nije moguć u ovom slučaju. Što je još važnije, kao i Komisija, smatram da primjena režima uspostavljenog jednom ili drugom od tih direktiva ne mora nužno utjecati na odgovore koje treba dati na prethodna pitanja postavljena u ovom predmetu. Naime, režim primjenjiv na dio koji se odnosi na integriranu obrazovnu uslugu primjenjivat će se na dio koji se odnosi na odabir privatnog partnera samo „u širem smislu". Budući da se pitanja odnose samo na potonji dio, u tom je kontekstu potrebno samo primijeniti opća načela tih režima, koja su zajednička obama dijelovima. Slijedom toga, poštujući podjelu nadležnosti između nacionalnih sudova i Suda, u ovom ću mišljenju uputiti na Direktivu 2014/23 i Direktivu 2014/24 [36].

2. Režim za ugovore o javnoj nabavi između subjekata u javnom sektoru

71. U prvom prethodnom pitanju sud koji je uputio zahtjev upućuje na članak 12. i uvodne izjave 14. i 32. Direktive 2014/24 te u zahtjevu za prethodnu odluku navodi članak 12. stavak 1. prvi podstavak te direktive. Međutim, taj sud ni na koji način ne navodi razloge zbog kojih je doveo u pitanje tumačenje potonje odredbe.

72. U tom pogledu, kao prvo, u uvodnoj izjavi 14. Direktive 2014/24 samo se navodi da pojam „gospodarski subjekt" treba široko tumačiti, čime se potvrđuje da društvo s miješanim kapitalom može biti obuhvaćeno tim pojmom. Što se tiče ostalog, u toj se uvodnoj izjavi u biti preuzima definicija navedenog pojma iz članka 2. stavka 1. točke 10. te direktive. Sud koji je uputio zahtjev u svojem se prethodnom pitanju nije pozvao na tu odredbu.

[32] Vidjeti u tom smislu presudu od 10. studenog 2011.,Norma-A i Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, t. 44.). Vidjeti u tom smislu i moje mišljenje u spojenim predmetima Promoimpresa i dr. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:122, t. 62. i 63.), u kojima sam smatrao da je koncesija za usluge tipična po tome što tijelo vlasti obavljanje neke usluge, u pravilu one koju bi trebalo sâmo pružati, povjerava koncesionaru (uz, dodajem, rizik koji je s tim povezan), obvezujući ga prema tome na pružanje određene usluge.

[33] Vidjeti članak 1. stavak 1. i uvodnu izjavu 18. Direktive 2014/23.

[34] Točno je da je u glavnom predmetu rizik trebao preuzeti privatni partner, odabran u okviru prvog dijela mješovitog ugovora, dok se integrirana obrazovna usluga, koja je bila glavni predmet tog ugovora, trebala dodijeliti društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju u okviru drugog dijela tog ugovora. S obzirom na tu posebnost, moglo bi se tvrditi da u okviru drugog dijela, razmatranog zasebno, nema prijenosa rizika na odabranog ponuditelja. Međutim, u ovom je slučaju cilj postupka javne nabave u svakom slučaju bio da se javnog naručitelja oslobodi rizika povezanog s pružanjem integrirane obrazovne usluge. Zbog toga ne isključujem kvalifikaciju tog drugog dijela kao „koncesije", unatoč navedenoj posebnosti. O problematici iste posebnosti vidjeti i točku 58. ovog mišljenja.

[35] Vidjeti po analogiji presudu Acoset (t. 42.).

[36] Radi potpunosti, napominjem da su direktive 2014/23 i 2014/24 primjenjive *ratione temporis* i da je vrijednost ugovora, koja je procijenjena na više od 277 milijuna eura, viša od pragova koji se zahtijevaju tim direktivama. Vidjeti članak 8. Direktive 2014/23 i članak 4. Direktive 2014/24.

73. Kao drugo, člankom 12. stavkom 1. Direktive 2014/24 predviđa se da se na ugovore o javnoj nabavi koji se dodjeljuju pravnim osobama nad kojima javni naručitelji provode nadzor ne primjenjuju postupci predviđeni tom direktivom. Tom se odredbom uređuje vertikalna suradnja među predmetnim subjektima ili klasična interna dodjela („in house”).

74. Međutim, sud koji je uputio zahtjev jasno navodi da, u skladu s talijanskim pravom, osnivanje društva s mješovitim kapitalom, kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku, predstavlja alternativu internom upravljanju [37].

75. Što je još važnije, čini mi se da je *a priori* izuzeta primjena isključenja predviđenog člankom 12. stavkom 1. Direktive 2014/24 u kontekstu dodjele usluga IJPP-u. Naime, kao što se to navodi u uvodnoj izjavi 31. trećem stavku te direktive, trebalo bi osigurati da izuzeta javno-javna suradnja ne izazove narušavanje tržišnog natjecanja u odnosu na privatne gospodarske subjekte ako stavlja privatne pružatelje usluga u bolji položaj od svojih konkurenata. Osim toga, u skladu sa sudskom praksom koja je prethodila Direktivi 2014/24 [38], u uvodnoj izjavi 32. te direktive pojašnjava se da se isključenje predviđeno u njezinu članku 12. stavku 1. „ne bi trebalo proširiti na slučajeve kada privatni gospodarski subjekt izravno sudjeluje u kapitalu pravne osobe pod nadzorom budući da bi u takvim slučajevima dodjela javnog ugovora bez natjecateljskog postupka pružila privatnom gospodarskom subjektu koji sudjeluje s kapitalom u pravnoj osobi pod nadzorom nepoštenu prednost pred njegovim konkurentima”.

76. Kao treće, može se i postaviti pitanje je li mješoviti ugovor o kojem je riječ u glavnom postupku isključen iz područja primjene Direktive 2014/24 na temelju njezina članka 12. stavka 4. Ta se odredba odnosi na ugovore sklopljene isključivo između nekoliko javnih naručitelja, kada se tim ugovorima uspostavlja ili provodi suradnja između tih javnih naručitelja.

77. Može se teoretizirati da je Grad Rim, kao javni naručitelj, željela uspostaviti suradnju s društvom s mješovitim kapitalom u osnivanju koje je usto trebalo osigurati pružanje integrirane obrazovne usluge i u kojem bi 51 % dionica držao Grad Rim. Stoga to društvo predstavlja „javnopravno tijelo” u smislu članka 2. stavka 1. točke 4. Direktive 2014/24 i prema tome može biti „javni naručitelj” u smislu članka 2. stavka 1. točke 1. te direktive.

78. Međutim, čak i pod pretpostavkom da su u takvoj situaciji ispunjeni uvjeti za primjenu isključenja predviđenog u članku 12. stavku 4. Direktive 2014/24, Sud je u presudi Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39] presudio da ta odredba podrazumijeva da suradnja javnih naručitelja ne smije, protivno načelu jednakog postupanja, dovesti do stavljanja privatnog poduzetnika u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente. Iz toga slijedi, kao što je to nezavisni odvjetnik M. Campos Sánchez-Bordona naveo u svojem mišljenju u tom predmetu [40], da se suradnja javnih naručitelja u okviru koje se privatni subjekt stavlja u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente na tržištu ne može obuhvatiti člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24. S obzirom na ta pojašnjenja, uzimajući u obzir udio privatnog kapitala u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju, smatram da suradnja o kojoj je riječ u ovom predmetu ne može biti obuhvaćena isključenjem koje je predviđeno tom odredbom.

79. Stoga nije potrebno tumačiti članak 12. Direktive 2014/24 kako bi se moglo odgovoriti na prethodna pitanja.

[37] Vidjeti točku 11. ovog mišljenja.

[38] Vidjeti presudu od 6. travnja 2006., ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, t. 31. i 32.).

[39] Presuda od 28. svibnja 2020., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395)

[40] Mišljenje u predmetu Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, t. 109. treća alineja)

3. Režim ugovora za društvene i druge posebne usluge

80. Člankom 74. Direktive 2014/24 predviđa se da se javni ugovori za društvene i druge posebne usluge navedene u njezinu Prilogu XIV. dodjeljuju u skladu s poglavljem I. glavom III. te direktive. Osim CNS-a, sve su stranke u svojim odgovorima na pisana pitanja Suda navele da je barem jedna od usluga koje čine integriranu obrazovnu uslugu obuhvaćena ili može biti obuhvaćena tim prilogom.

81. Na sudu koji je uputio zahtjev je da provjeri je li to slučaj. U slučaju potvrdnog odgovora, dovoljno je da je postupak javne nabave u skladu s fleksibilnijim pravilima predviđenima Direktivom 2014/24 za dodjelu te vrste ugovora. Stoga ću samo dodati nekoliko razmatranja koja se mogu pokazati korisnima za taj sud.

82. S jedne strane, točno je da se u poglavlju I. glavi III. Direktive 2014/24 uspostavlja poseban sustav dodjele ugovora za društvene i druge posebne usluge. Takvi ugovori stoga nisu obuhvaćeni pravilima standardnog sustava. Međutim, člankom 76. stavkom 1. te direktive predviđa se da države članice donose nacionalna pravila za dodjelu ugovora koja podliježu tom poglavlju kako bi se osiguralo da su javni naručitelji usklađeni s načelima transparentnosti i jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima. Prema tome, riječ je *a priori* o istim načelima kao što su ona iz članka 18. navedene direktive. Stoga ne mogu isključiti da primjena poglavlja I. glave III. Direktive 2014/24 u glavnom predmetu ne utječe na odgovore koje treba dati na prethodna pitanja [41].

83. S druge strane, prije nego što se zaključi da se pravila iz poglavlja I. glave III. Direktive 2014/24 primjenjuju na ugovor o kojem je riječ u glavnom postupku, potrebno je i usporediti procijenjene vrijednosti usluga obuhvaćenih tim poglavljem s vrijednostima usluga obuhvaćenih standardnim sustavom iz te direktive i zatim na temelju tih vrijednosti utvrditi glavni predmet ugovora [42].

84. Budući da nema naznaka na temelju kojih se može zaključiti da usluge obuhvaćene poglavljem I. glavom III. Direktive 2014/24 treba smatrati glavnim predmetom ugovora o kojem je riječ u glavnom postupku i s obzirom na činjenicu da se sud koji je uputio zahtjev uopće ne poziva na odredbe tog poglavlja, pretpostavljam da se u ovom slučaju ne primjenjuju fleksibilnija pravila.

4. Članak 107. UFEU-a

85. U prvom prethodnom pitanju navodi se članak 107. UFEU-a. Komisija tvrdi da je zahtjev za prethodnu odluku nedopušten u dijelu u kojem se odnosi na tumačenje te odredbe primarnog prava.

86. Slažem se s Komisijinim mišljenjem. Naime, u zahtjevu za prethodnu odluku ne utvrđuje se jasno mjera koja bi u okviru postupka o kojem je riječ u glavnom postupku predstavljala državnu potporu. Sud koji je uputio zahtjev ne navodi ni razloge zbog kojih je tumačenje te odredbe nužno za rješavanje spora koji se pred njim vodi.

41 Vidjeti u tom pogledu i točku 70. ovog mišljenja.

42 U skladu s člankom 3. stavkom 2. drugim podstavkom Direktive 2014/24, „[u] slučaju mješovitih ugovora čiji su predmet djelomično usluge u smislu glave III. poglavlja I. te djelomično ostale usluge, ili mješovitih ugovora koji se sastoje djelomično od usluga i djelomično od robe, glavni se predmet ugovora određuje na temelju najveće procijenjene vrijednosti tih usluga ili robe".

87. Točno je da se zahtjev za prethodnu odluku može shvatiti na način da sud koji je uputio zahtjev od Suda ne traži tumačenje određenih odredbi primarnog prava, nego direktiva 2014/23 i 2014/24 s obzirom na to pravo („s obzirom na članak 107. UFEU-a"). Međutim, takvo tumačenje zahtjeva za prethodnu odluku ne mijenja činjenicu da u svakom slučaju nije potrebno odgovoriti na prethodna pitanja u dijelu u kojem se odnose na članak 107. UFEU-a.

88. U tim okolnostima, prigovor nedopuštenosti koji je istaknuo CNS treba prihvatiti i u dijelu u kojem se odnosi na prvo prethodno pitanje i članak 107. UFEU-a te, zbog razloga navedenih u točkama 71. do 79. ovog mišljenja, na članak 12. Direktive 2014/24.

C. Meritum

89. Osim odredbi prava Unije za koje se utvrdilo da nisu relevantne za ovaj predmet, u prvom prethodnom pitanju upućuje se na članak 30. Direktive 2014/23 i članak 18. Direktive 2014/24. Kako bi se mogle utvrditi sve relevantne odredbe tih direktiva, najprije valja kontekstualizirati zahtjeve koji se odnose na javni i privatni udio utvrđene u dokumentaciji za nadmetanje.

1. Zahtjevi koji se odnose na javni i privatni udio u kontekstu direktiva 2014/23 i 2014/24

90. U članku 56. Direktive 2014/24 zakonodavac Unije jasno razlikuje dvije vrste kriterija, odnosno kriterije za kvalitativni odabir koji prije svega predstavljaju osnove za isključenje i kriterije za odabir kojima se ispituje sposobnost gospodarskih subjekata za izvršenje ugovora koji se dodjeljuje (članci 57. i 58. te direktive) te kriterije za dodjelu ugovora koji se odnose na same ponude. U člancima 38. i 41. Direktive 2014/23, koji se odnose na kriterije za odabir odnosno kvalitativnu ocjenu natjecatelja te kriterije za dodjelu, pravi se slična razlika.

91. U tom pogledu valja utvrditi da se u zahtjevu za prethodnu odluku ne iznosi jasno logika na kojoj se temelje zahtjevi koji se odnose na javni i privatni udio utvrđeni u dokumentaciji za nadmetanje. Budući da ti zahtjevi predstavljaju *lex specialis* u odnosu na one utvrđene Zakonodavnom uredbom br. 175[43], ta se logika ipak može izvesti iz pojašnjenja koja se odnose na tu zakonodavnu uredbu. Čini se da su u dokumentaciji za nadmetanje kvalificiraju postoci i njihova priroda (zahtjevi su precizno utvrđeni, umjesto maksimalnih i minimalnih pragova), a da ipak bitno ne utječu na njihove ciljeve.

92. U tom pogledu, pojašnjenja suda koji je uputio zahtjev shvaćam na način da je cilj gornje granice od 70 % javnog udjela u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju zajamčiti da privatni udio u tom društvu nije manji od 30 %.

93. Slijedom toga, s jedne strane, s općeg gledišta tržišta i gospodarskih subjekata, privatni partner ne može pretjerano ograničiti (ispod 30 %) gospodarski rizik svojeg udjela u društvu s mješovitim kapitalom i nepošteno iskoristiti prednosti od javnog udjela, čime bi se druge subjekte onemogućilo da ostvare prednost od pristupa istoj gospodarskoj djelatnosti u predmetnom segmentu tržišta. U tom smislu, kao što to navodi sud koji je uputio zahtjev, cilj je te gornje granice spriječiti zaobilaženje načela slobodnog tržišnog natjecanja.

[43] Vidjeti točku 28. ovog mišljenja.

94. S druge strane, s gledišta predmeta postupka javne nabave i javnog naručitelja, ta gornja granica jamči da je privatni partner operativni partner čiji se doprinos izvršavanju zadaća povjerenih subjektu s mješovitim kapitalom u osnivanju sastoji od ulaganja u kapital i pružanja stručnog znanja potrebnog za izvršavanje tih zadaća, pri čemu on preuzima cjelokupan rizik poslovanja u pogledu njihova izvršavanja.

95. Napominjem da se čini da je aspekt koji se odnosi na stvarni doprinos privatnog partnera od velike važnosti za glavni predmet i zahtjeve koji se odnose na javni i privatni udio utvrđene u dokumentaciji za nadmetanje. S obzirom na nužno individualiziranu prirodu uvjeta i kriterija ekonomske i financijske sposobnosti i/ili tehničke i stručne sposobnosti [44] te u skladu s presudom Acoset [45], ta je napomena dokaz da zahtjevi koji se odnose na javni i privatni udio utvrđeni u dokumentaciji za nadmetanje predstavljaju kriterije za kvalitativni odabir.

96. Usto, iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da su, zbog načina izračuna kojim se uzima u obzir neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu tog partnera, ponuditelji isključeni iz postupka pokrenutog nakon objave poziva na nadmetanje zbog nepoštovanja tih zahtjeva. U tom pogledu, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da kriteriji za kvalitativni odabir omogućuju javnom naručitelju da dostavljanje ponude dozvoli samo onim gospodarskim subjektima čije sposobnosti upućuju na to da će biti sposobni izvršiti predmet poziva na nadmetanje [46].

97. Prema tome, čini se da se zahtjevi koji se odnose na javni i privatni udio, kao što su oni o kojima je riječ u glavnom postupku, ne odnose na ponude (kriteriji za dodjelu ugovora) [47]. Suprotno tomu, čini se da predstavljaju kriterije za kvalitativni odabir kojima javni naručitelj nastoji osigurati da privatni partner ima ekonomsku i financijsku sposobnost i/ili tehničku i stručnu sposobnost za održavanje raspodjele između javnog kapitala i privatnog kapitala u društvu s mješovitim kapitalom, kako ju je utvrdio javni naručitelj, svojim udjelom u kapitalu tog društva i preuzimanjem cjelokupnog rizika poslovanja u pogledu izvršenja usluge koje provodi navedeno društvo [48]. Zahtjevi koji se odnose na javni i privatni udio utvrđeni u dokumentaciji za nadmetanje, kao što su oni o kojima je riječ u glavnom postupku, stoga predstavljaju kriterije i uvjete u smislu članka 38. stavka 1. Direktive 2014/23 ili, ovisno o slučaju, u smislu članka 58. stavka 1. Direktive 2014/24.

[44] U članku 38. stavku 1. drugoj rečenici Direktive 2014/23 navodi se da „[u]vjeti za sudjelovanje moraju biti povezani i razmjerni potrebi za osiguranjem sposobnosti koncesionara da izvrši koncesiju, uzimajući u obzir predmet koncesije i svrhu osiguravanja istinskog nadmetanja". U tom smislu, u članku 58. stavku 1. Direktive 2014/24 navodi se, među ostalim, da javni naručitelji ograničavaju uvjete za sudjelovanje „na one koji su primjereni za osiguranje da natjecatelj ili ponuditelj ima pravne i financijske mogućnosti te tehničke i stručne sposobnosti za izvršenje ugovora koji treba dodijeliti. Svi uvjeti moraju biti vezani uz i razmjerni predmetu ugovora".

[45] Vidjeti točku 59. presude Acoset: „[…] odabir privatnog partnera u skladu sa zahtjevima navedenima u točkama 46. do 49. ove presude i izbor kriterija za odabir privatnog partnera omogućuju ispravljanje te situacije s obzirom na to da natjecatelji trebaju dokazati, osim svoje sposobnosti da postanu dioničari, prije svega svoju tehničku sposobnost pružanja usluge te gospodarske i druge prednosti koje proizlaze iz njihove ponude". U toj je presudi Sud naglasio važnost kriterija za kvalitativni odabir koji se odnose na sposobnost pružanja usluge ili davanja koncesije (vidjeti u tom smislu Brown, A., „Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)", *Public Procurement Law Review*, sv. 2., 2010., str. 4.), a da se pritom ipak ne zanemaruju kriteriji za kvalitativni odabir koji se odnose na sposobnost natjecatelja da postane privatni partner u društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju.

[46] Vidjeti u tom smislu presudu od 8 srpnja 2021., Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, t. 62.).

[47] Kao što se to navodi u pravnoj teoriji, u kontekstu IJPP-a, unatoč poteškoćama, važno je razlikovati kriterije za kvalitativni odabir i kriterije za dodjelu ugovora. Vidjeti Andrecka, M., Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice", *Polish Review of International and European Law*, sv. 2., br. 1., 2013., str. 148.

[48] Zbog toga smatram da se kvalifikacija koju je Sud utvrdio u presudi od 19. svibnja 2009., Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, t. 21. i 23.), u pogledu nacionalnog propisa čiji je cilj spriječiti potencijalne dogovore među sudionicima istog postupka javne nabave te zaštititi jednako postupanje prema natjecateljima i transparentnost postupka ne može prihvatiti u ovom slučaju kad je riječ o zahtjevima koji se odnose na javni i privatni udio o kojem je riječ u ovom predmetu koji su uostalom utvrđeni u dokumentaciji za nadmetanje.

2. Preoblikovanje prethodnih pitanja

98. S obzirom na iznesena pojašnjenja koja se odnose na predmet prethodnih pitanja [49], na režim koji se primjenjuje u glavnom predmetu [50] i na kvalifikaciju zahtjeva koji se odnose na javni i privatni udio koji se primjenjuju u tom predmetu [51], predlažem da se prethodna pitanja preoblikuju tako da se pojasne odredbe prava Unije čije je tumačenje potrebno kako bi se sudu koji je uputio zahtjev dao koristan odgovor.

99. Konkretnije, predlažem da se smatra da svojim pitanjima, za koja predlažem da se analiziraju zajedno, sud koji je uputio zahtjev želi znati treba li članak 30. i članak 38. stavak 1. Direktive 2014/23 ili, ovisno o slučaju, članak 18. i članak 58. stavak 1. Direktive 2014/24 tumačiti na način da im se protivi, u svrhu određivanja postotka udjela privatnog partnera koji se natječe u postupku, u javno-privatnom društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju, uzimanje u obzir neizravnog udjela javnog naručitelja u kapitalu tog privatnog partnera koji se natječe u postupku, tako da je potonji privatni partner isključen iz postupka javne nabave ako uzimanje u obzir tog neizravnog udjela dovodi do nepoštovanja postotka privatnog udjela koji javni naručitelj zahtijeva u dokumentaciji za nadmetanje.

3. Ocjena

100. Budući da predstavljaju uvjete i kriterije ekonomske i financijske sposobnosti i/ili tehničke i stručne sposobnosti, zahtjevi koji se odnose na javni i privatni udio utvrđeni u dokumentaciji za nadmetanje trebaju biti razmjerni predmetu postupka javne nabave i povezani s njim [52]. U skladu s člankom 30. Direktive 2014/23 i člankom 18. Direktive 2014/24, javni naručitelj treba primjenjivati te zahtjeve u skladu s načelima jednakosti i nediskriminacije među ponuditeljima, kao i načelima transparentnosti i proporcionalnosti.

101. Kao prvo, valja provjeriti postoji li veza između tih zahtjeva i predmeta postupka javne nabave.

102. U skladu sa zahtjevima utvrđenima u dokumentaciji za nadmetanje (udio Grada Rima utvrdio se na 51 %, a udio privatnog partnera na 49 %), ponuditelj koji se može odabrati treba biti treći subjekt u odnosu na javnog naručitelja. Naime, veći udio javnog naručitelja u društvu s mješovitim kapitalom, u okviru nadzora nad tim ponuditeljem (koji proizlazi i iz neizravnog udjela), utjecao bi na raspodjelu između javnog i privatnog kapitala tog društva, koju je utvrdio javni naručitelj. Usto, takva bi situacija mogla ograničiti ulogu privatnog partnera i, posljedično, stvarnu obvezu ekonomske i financijske sposobnosti i/ili tehničke i stručne sposobnosti ponuditelja ispod praga od 49 % koji je utvrdio javni naručitelj. Ti su uvjeti stoga povezani s predmetom postupka javne nabave.

103. Štoviše, u dijelu u kojem se pravu Unije načelno ne protivi primjena jedinstvenog postupka u okviru IJPP-a [53], tumačenje zahtjeva koji se odnosi na postojanje povezanosti između kriterija za kvalitativni odabir i predmeta postupka javne nabave koji treba ispuniti ne može spriječiti javne naručitelje da se koriste tom vrstom suradnje (uključujući i to da javni naručitelj utvrdi

[49] Vidjeti točke 35. i 36. ovog mišljenja.

[50] Vidjeti točku 70. ovog mišljenja.

[51] Vidjeti točku 97. ovog mišljenja.

[52] Vidjeti bilješku 44.

[53] Vidjeti presudu Acoset (t. 63.).

raspodjelu između javnog i privatnog kapitala u društvu s mješovitim kapitalom). Naime, upotreba IJPP-a proizlazi iz slobode država članica da odaberu način pružanja usluga kojim će javni naručitelji ispunjavati vlastite potrebe [54].

104. Kao drugo, što se tiče proporcionalnosti zahtjeva koji se odnose javni i privatni udio, podsjećam na to da, barem s obzirom na moje tumačenje zahtjeva za prethodnu odluku, ti zahtjevi ne isključuju sustavno svakog ponuditelja čiji je kapital javnog podrijetla [55]. Suprotno tomu, s obzirom na prvotni tekst prvog prethodnog pitanja, čini se da se ti zahtjevi odnose na svaki oblik neizravnog udjela javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera.

105. S obzirom na navedeno, neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera može imati različite oblike. Usto, njegov utjecaj na poslovanje tog privatnog partnera ovisi o organizacijskoj strukturi partnera. Stoga nije sigurno da se svakim neizravnim udjelom u kapitalu privatnog partnera stvarna obveza ponuditelja u pogledu ekonomske i financijske sposobnosti i/ili tehničke i stručne sposobnosti ograničava ispod praga od 49 % koji je utvrdio javni naručitelj.

106. Slijedom toga, uzimanje u obzir svakog neizravnog udjela javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera nije u skladu s načelom proporcionalnosti jer zanemaruje činjenicu da takav neizravni udio ne ograničava nužno stvarnu obvezu ekonomske i financijske sposobnosti i/ili tehničke i stručne sposobnosti tog privatnog partnera ispod praga od 49 % koji je utvrdio javni naručitelj. U nedostatku provjera kojima bi se utvrdilo da je to slučaj, taj privatni partner koji se natječe u postupku ne može se automatski isključiti iz postupka javne nabave zbog tog neizravnog udjela.

107. Nije očito je li javni naručitelj stvarno proveo takve provjere u ovom predmetu. Međutim, prije svega, na temelju analize strukture kapitala predmetnih subjekata koja je sadržana u Odluci o isključenju može se zaključiti da je to slučaj. Nadalje, čini se da zahtjev za prethodnu odluku odražava tu odluku u dijelu u kojem sud koji je uputio zahtjev ističe da, „ako se uzme u obzir materijalni aspekt, odnosno struktura društva [Roma Multiservizi] i osobito činjenica da je u 51-postotnom vlasništvu društva [AMA], koje je u cijelosti u vlasništvu Grada Rima, […] [javni i privatni] udio u društvu s mješovitim kapitalom [u osnivanju] *zapravo* bi iznosio 73,5 % odnosno [26,5 %]”. Naposljetku, ništa ne upućuje na to da se raspodjela ovlasti za odlučivanje i operativnih rizika nije provela razmjerno vlasničkom kapitalu. Stoga se čini da činjenica da javni naručitelj posjeduje većinu kapitala privatnog partnera koji se natječe u postupku može ograničiti stvarnu obvezu ekonomske i financijske sposobnosti i/ili tehničke i stručne sposobnosti tog privatnog partnera ispod praga od 49 % koji je utvrdio javni naručitelj.

108. Slijedom toga, smatram da članak 30. i članak 38. stavak 1. Direktive 2014/23 ili, ovisno o slučaju, članak 18. i članak 58. stavak 1. Direktive 2014/24 treba tumačiti na način da se tim odredbama protivi to da se, u svrhu određivanja postotka udjela privatnog partnera koji se natječe u postupku u javno-privatnom društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju, uzme u obzir svaki neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu tog privatnog partnera koji se natječe u postupku, tako da je taj privatni partner automatski isključen iz postupka javne nabave, ako uzimanje u obzir tog neizravnog udjela dovodi do toga da se ne poštuje postotak privatnog udjela koji javni naručitelj zahtijeva u dokumentaciji za nadmetanje.

[54] Vidjeti i uvodnu izjavu 5. Direktive 2014/24, u kojoj se navodi da „ništa u ovoj Direktivi ne obvezuje države članice da dodjeljuju ugovore ili eksternaliziraju usluge koje same žele pružati ili ih organizirati na načine koji ne podrazumijevaju sklapanje ugovora o javnoj nabavi u smislu ove Direktive”.

[55] Vidjeti točku 38. ovog mišljenja.

109. Suprotno tomu, članku 30. i članku 38. stavku 1. Direktive 2014/23 ili, ovisno o slučaju, članku 18. i članku 58. stavku 1. Direktive 2014/24 ne protivi se takvo uzimanje u obzir ako se ono ne provodi automatski. Konkretno, tim se odredbama ne protivi uzimanje u obzir neizravnog udjela ako iz provjera koje je proveo javni naručitelj proizlazi da se taj udio sastoji od toga da većinu kapitala privatnog partnera koji se natječe u postupku posjeduje drugi subjekt koji je pak u cijelosti u vlasništvu javnog naručitelja, pod uvjetom da se raspodjela ovlasti za odlučivanje i rizika provede razmjerno vlasničkom kapitalu, u pogledu tog privatnog partnera koji se natječe u postupku i tog subjekta.

110. Što se tiče poštovanja proporcionalnosti, radi potpunosti napominjem da se čini da Komisija dvoji u pogledu toga je li isključenje ponude koju su podnijela društva Rekeep i Roma Multiservizi u skladu s načelom proporcionalnosti jer im je Grad Rim trebao omogućiti da dokažu, po potrebi, da njezin neizravni udio u kapitalu društva Roma Multiservizi ne dovodi do rizika od sukoba interesa. Međutim, glavni cilj zahtjeva koji se odnose na javni i privatni udio utvrđenih u dokumentaciji za nadmetanje nije otklanjanje takvih rizika. Štoviše, sukob interesa predstavlja razlog za isključenje koji se predviđa direktivama 2014/23 i 2014/24 i u zahtjevu za prethodnu odluku na njega se uopće ne upućuje. Usto, u zahtjevu se ne poziva ni na članak 35. Direktive 2014/23 ni na članak 24. Direktive 2014/24.

111. Kao treće, što se tiče načela transparentnosti i jednakog postupanja, napominjem da društva Roma Multiservizi i Rekeep u svojim pisanim očitovanjima tvrde da uzimanje u obzir neizravnog udjela javnog naručitelja u kapitalu ponuditelja nije bilo navedeno u dokumentaciji za nadmetanje.

112. U zahtjevu za prethodnu odluku ne upućuje se na nepostojanje takvog navoda u dokumentaciji za nadmetanje. U tom kontekstu napominjem da u svojim odgovorima na pisana pitanja Suda, Grad Rim navodi da se, u skladu sa Zakonodavnom uredbom br. 175, kojom se čini se utvrđuju pravila za primjenu direktiva 2014/23 i 2014/24, javno poduzeće definira kao poduzeće u kojem javni naručitelji mogu izravno ili neizravno imati prevladavajući utjecaj. U skladu s očitovanjima društva Rekeep, tom se uredbom predviđa i da, „ako važeće odredbe dopuštaju osnivanje društava s mješovitim kapitalom za izvođenje javnih radova i upravljanje njima ili za organizaciju i upravljanje uslugom od općeg interesa, privatnog partnera treba odabrati u okviru postupka javne nabave”. Tumačenjem *a contrario* stoga se može utvrditi da u okviru društva s mješovitim kapitalom privatni partner ne može biti u položaju prevladavajućeg utjecaja, izravnog ili neizravnog, u odnosu na javnog naručitelja. Međutim, neizravan udio u kapitalu privatnog partnera koji dovodi do izvršavanja prevladavajućeg utjecaja ne može se izjednačiti s bilo kojim neizravnim udjelom u kapitalu tog privatnog partnera.

113. U svakom slučaju, nacionalni sudovi jedini su nadležni za provjeru, po potrebi, osnovanosti tih tvrdnji i njihove relevantnosti u trenutačnoj fazi glavnog predmeta.

114. S obzirom na navedeno, budući da sud koji je uputio zahtjev upućuje na članak 30. Direktive 2014/23 i članak 18. Direktive 2014/24, potrebno mu je dati korisna pojašnjenja u pogledu provjere koja se provela s obzirom na načela utvrđena u tim odredbama.

115. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da načela transparentnosti i jednakog postupanja koja uređuju sve postupke javne nabave zahtijevaju da su materijalni i formalni uvjeti za sudjelovanje u postupku prethodno jasno definirani i javno objavljeni, osobito obveze koje terete ponuditelje, kako bi oni točno mogli poznavati uvjete natječaja i biti sigurni da isti zahtjevi vrijede za sve

natjecatelje [56].

116. Na primjer, što se tiče režima iz Direktive 2014/24, obavijesti o nadmetanju načelno trebaju sadržavati popis i kratki opis kriterija za odabir i kriterija o osobnoj situaciji gospodarskih subjekata koja može uzrokovati njihovo isključenje [57].

117. U skladu s tom logikom, načelo jednakog postupanja i obvezu transparentnosti treba tumačiti na način da im se protivi isključenje gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave zbog toga što nije zadovoljio obvezu koja ne proizlazi izričito iz dokumentacije vezane uz taj postupak ili iz nacionalnog zakona na snazi, nego iz tumačenja tog zakona i te dokumentacije kao i iz popunjavanja njezinih praznina od nacionalnih upravnih tijela ili sudova [58].

118. Budući da neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu privatnog partnera može imati različite oblike i da njegov utjecaj na poslovanje tog privatnog partnera ovisi o organizacijskoj strukturi partnera, ne čini mi se očitim da svaki oblik neizravnog udjela javnog naručitelja automatski dovodi do isključenja ponuditelja iz postupka javne nabave zbog nepoštovanja zahtjeva koji se odnose na javno-privatni udio. Čini se da takvo tumačenje nacionalnog propisa ili dokumentacije za nadmetanje nije dovoljno očito.

119. Ne dovodeći u pitanje prethodne dodatne napomene, koje se odnose na poštovanje načela transparentnosti i jednakog postupanja, zadržavam stajalište koje sam iznio u točki 108. ovog mišljenja u pogledu poštovanja načela proporcionalnosti.

VI. Zaključak

120. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da Consigliu di Stato (Državno vijeće, Italija) odgovori na sljedeći način:

1. Članak 30. i članak 38. stavak 1. Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji ili, ovisno o slučaju, članak 18. i članak 58. stavak 1. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ treba tumačiti na način da se tim odredbama protivi to da se, u svrhu određivanja postotka udjela privatnog partnera koji se natječe u postupku u javno-privatnom društvu s mješovitim kapitalom u osnivanju, uzme u obzir svaki neizravni udio javnog naručitelja u kapitalu tog privatnog partnera koji se natječe u postupku, tako da je taj privatni partner automatski isključen iz postupka javne nabave, ako uzimanje u obzir tog neizravnog udjela dovodi do toga da se ne poštuje postotak privatnog udjela koji javni naručitelj zahtijeva u dokumentaciji za nadmetanje.

2. Suprotno tomu, članku 30. i članku 38. stavku 1. Direktive 2014/23 ili, ovisno o slučaju, članku 18. i članku 58. stavku 1. Direktive 2014/24 ne protivi se takvo uzimanje u obzir ako se ono ne provodi automatski. Konkretno, tim se odredbama ne protivi uzimanje u obzir neizravnog udjela ako iz provjera koje je proveo javni naručitelj proizlazi da se taj udio sastoji od toga da većinu kapitala privatnog partnera koji se natječe u postupku posjeduje drugi subjekt koji

[56] Vidjeti presudu od 17. svibnja 2018., Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, t. 23. i navedena sudska praksa).

[57] Vidjeti članak 49. i Prilog V. dio C točku 11. podtočku (c) Direktive 2014/24.

[58] Vidjeti presudu od 2. lipnja 2016., Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, t. 51.).

je pak u cijelosti u vlasništvu javnog naručitelja, pod uvjetom da je raspodjela ovlasti za odlučivanje i rizika razmjerna vlasničkom kapitalu, u pogledu tog privatnog partnera koji se natječe u postupku i tog subjekta.