Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 21. siječnja 2016.[1]

Predmet C-27/15

Pippo Pizzo i drugi
protiv
CRGT srl

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italija))

„Javna nabava – Direktiva 2004/18 – Sudjelovanje na natječaju – Mogućnost oslanjanja na sposobnosti drugih poduzetnika radi ispunjavanja potrebnih uvjeta – Propust plaćanja doprinosa koji nije izričito predviđen – Isključenje ponuditelja“

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku daje Sudu novu priliku za obogaćivanje svoje sudske prakse o postupcima sklapanja ugovora o javnoj nabavi, a posebice o Direktivi 2004/18/EZ[2].

2. S jedne strane, Sud je još jednom priupitan može li ponuditelj koristiti sposobnosti trećih kako bi zadovoljio uvjete za sudjelovanje u postupku javne nabave, što predstavlja problem koji je relativno jednostavno riješiti s obzirom na sudsku praksu Suda.

3. S druge strane – i riječ je o složenijem problemu – sud koji je uputio zahtjev pita o mogućnosti da određeni uvjeti sposobnosti sudjelovanja u postupku sklapanja ugovora nisu izričito navedeni u pozivu na nadmetanje niti u dokumentaciji za nadmetanje, nego se mogu izvući iz nacionalnih propisa opće primjene.

4. U vezi s ovim drugim problemom, predlažem Sudu nijansirano čitanje svoje sudske prakse o potrebi da dokumentacija natječaja izričito sadrži uvjete za nadmetanje. U tu svrhu ću se osloniti na logiku koju smatram svojstvenu pojmu „razumno informiranog i prosječno pažljivog ponuditelja” kao kriteriju koji određuje duh te sudske prakse.

1 — Izvorni jezik: španjolski

2 — Direktiva 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

I – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

1. Direktiva 2004/18

5. Prema članku 2. Direktive 2004/18, „[j]avni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način”.

6. Članak 47. Direktive propisuje:

„1. Kao dokaz ekonomske i financijske sposobnosti gospodarskog subjekta, u pravilu je moguće podnijeti jedan ili više sljedećih dokaza:

a) odgovarajući bankovni izvod ili, po potrebi, dokaz o osiguranju za odštetu od profesionalnog rizika;

b) predočenje bilanci sposobnosti ili izvadaka iz bilanci, ako se objavljivanje bilance traži prema pravu zemlje u kojoj gospodarski subjekt ima poslovni nastan;

c) izjava o ukupnom prometu poduzeća i, po potrebi, o prometu u području koje je obuhvaćeno ugovorom […].

2. Gospodarski subjekt može se, po potrebi i za određene ugovore [određeni ugovor], osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobna odnosa. U tom slučaju mora javnom naručitelju dokazati da će imati na raspolaganju nužne resurse, primjerice, prihvaćanjem obveze drugih subjekata u tu svrhu.

[…]”

7. Prema članku 48. Direktive 2004/18:

„1. Tehničke i/ili stručne sposobnosti gospodarskih subjekata procjenjuju se i pregledavaju u skladu sa stavcima 2. i 3.

[…]”

3. Gospodarski subjekt može se, po potrebi i za određene ugovore [određeni ugovor], osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobna odnosa. U tom slučaju mora dokazati javnom naručitelju da će imati na raspolaganju resurse nužne za izvršenje ugovora, primjerice, prihvaćanjem obveze tih subjekata da će te resurse staviti na raspolaganje gospodarskom subjektu.

[…]”

2. Direktiva 2014/24/EU [3]

8. U skladu s člankom 63. Direktive 2014/24:

„1. S obzirom na kriterije koji su vezani uz ekonomsku i financijsku sposobnost […] i kriterije vezane uz tehničku i stručnu sposobnost […], gospodarski subjekt može se osloniti, prema potrebi i za određeni ugovor, na sposobnosti drugih subjekata, bez obzira na to kakva je pravna narav veze između njih i njega. […] Ako se gospodarski subjekt želi osloniti na sposobnosti drugih subjekata, mora dokazati javnom naručitelju da ima na raspolaganju potrebne resurse, na primjer, dostavljanjem obveze tih subjekata u tu svrhu.

[…]

Ako se gospodarski subjekt oslanja na sposobnosti drugih subjekata vezano uz kriterije koji se odnose na ekonomsku i financijsku sposobnost, naručitelji mogu zahtijevati da taj gospodarski subjekt i ti subjekti budu zajednički odgovorni za izvršenje ugovora.

[…]

2. U slučaju ugovora o radovima, ugovora o uslugama i poslovima postavljanja ili ugradnje u kontekstu ugovora o nabavi robe, javni naručitelji mogu zahtijevati da određene kritične poslove obavlja izravno sam ponuditelj, ili ako ponudu dostavlja skupina gospodarskih subjekata iz članka 19. stavka 2., sudionik iz te skupine.”

B – *Nacionalno pravo*

1. Zakonodavni dekret br. 163 od 12. travnja 2006. [4]

9. Članak 49. Zakonodavnog dekreta br. 163 propisuje:

„1. Ponuditelj, postupajući samostalno, konzorciju ili udruženju u smislu članka 34., u okviru konkretnog postupka javne nabave radova, robe ili usluga, moći će ispuniti ekonomske, financijske tehničke i organizacijske uvjete, odnosno dobiti certifikat [...] SOA, oslanjajući se na sposobnosti drugog subjekta ili na certifikat SOA drugog subjekta.

[…]

6. Vezano uz radove, ponuditelj se može oslanjati samo na jednog pomoćnog poduzetnika za svaku pojedinu kategoriju osposobljenosti. Pozivom na nadmetanje može se dopustiti da se osloni na više od jednog pomoćnog poduzetnika ovisno o vrijednosti ugovora ili o posebnosti posla [...]”.

3 — Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL L 94, str. 65.).

4 — Zakonik o javnoj nabavi radova, usluga i robe u skladu s Direktivama 2004/17/EZ i 2004/18/EZ (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (GURI, br. 100 od 2. svibnja 2006., de 2 de mayo de 2006, obični dodatak br. 107), kako je izmijenjen Zakonodavnim dekretom br. 152 od 11. rujna 2008. (GURI, br. 231 od 2. listopada 2008., Redovni prilog br. 227); u daljnjem tekstu: Zakonodavni dekret br. 163/2006

2. Zakon br. 266 od 23. prosinca 2005.[5]

10. Na temelju članka 1. stavka 67. prvog podstavka Zakona br. 266, „nadzorno tijelo za javne radove […] svake godine određuje iznos doprinosa koje mu javni i privatni subjekti moraju uplatiti, a koji su podložni njegovu nadzoru, kao i odgovarajuće načine naplate, uključujući obvezu gospodarskih subjekata da uplate doprinos kao preduvjet za dopuštenost ponude u okviru postupaka javne nabave za javne radove".

II – Činjenice

11. Lučka uprava u Messini (Italija) pokrenula je u studenome 2012. otvoreni postupak javne nabave na europskoj razini za četverogodišnje pružanje usluge upravljanja otpadom i ostacima proizašlima od brodova koji pristaju u području njezine nadležnosti. Uslugu je prethodno pružalo poduzeće CRGT srl (u daljnjem tekstu: CRGT).

12. Ugovor za pružanje usluga dodijeljen je privremenom udruženju Pippo Pizzo i Onofaro Antonino (u daljnjem tekstu: Pizzo), nakon što je utvrđeno da ostala društva kandidati – među kojima CRGT – nisu nadzornom tijelu za ugovore o javnoj nabavi (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, u daljnjem tekstu: AVCP) uplatili doprinos predviđen Zakonom br. 266/2005 kao preduvjet za dopuštenost njihovih ponuda, zbog čega su isključeni iz natječaja.

13. CRGT je podnio tužbu protiv svojeg isključenja pred Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia (Sección Catania, Sala IV) (regionalni upravni sud Sicilije). Pizzo je podnio protutužbu u kojoj je tvrdio da je CRGT trebao biti isključen i zato što je podnio samo jedan od dva tražena bankovna izvatka sukladno pozivu na nadmetanje kako bi dokazao svoju ekonomsku i financijsku sposobnost.

14. Taj sud je usvojio tužbu CRGT-a smatrajući da nije trebao biti isključen iz natječaja, s obzirom na to da: a) u dokumentaciji za nadmetanje nije bilo predviđano plaćanje doprinosa iz Zakona br. 266/2005; b) navedeni iznos izričito se odnosi na javne radove, a ne na ugovore o uslugama, i c) primjena tog doprinosa na ugovore o uslugama moguća je samo uz široko tumačenje Zakona br. 266/2005 koje, na temelju načela taksativnosti razloga za isključenje, ne smije naštetiti ponuditeljima koji su bez svoje krivnje smatrali da sporni doprinos nije bio primjenjiv u ovom slučaju.

15. Osim toga, taj sud je odbio Pizzovu protutužbu, navodeći da se CRGT, kao što je to u stvari i učinio, mogao u svoju korist pozvati na ekonomsku i financijsku sposobnost pomoćnog poduzetnika s kojim je sklopio ugovor u tu svrhu.

16. Pizzo je podnio žalbu pred Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, kojoj se CRGT usprotivio ponovno navodeći razloge koje je istaknuo u svojoj prvoj tužbi koji nisu bitni za ovaj predmet.

17. U tim okolnostima, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana odlučio je uputiti prethodna pitanja.

5 — Financijski zakon za 2006. (Legge finanziaria 2006; GURI br. 302 od 9. studenoga 2010., Redovni prilog br. 211) (u daljnjem tekstu: Zakon br. 266/2005)

III – Postavljeno pitanje

18. Zahtjev za prethodnu odluku, koji je Sud zaprimio 22. siječnja 2015., glasi:

„1. Treba li članke 47. i 48. Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, tumačiti na način da se protive nacionalnom propisu, kao što je gore opisani talijanski propis, koji u odnosu na usluge omogućuje djelomično oslanjanje na sposobnost drugih subjekata, pod gore opisanim pretpostavkama?

2. Protivi li se načelima prava Europske unije, a posebno načelima zaštite legitimnih očekivanja, pravne sigurnosti i proporcionalnosti, propis pravnog sustava države članice koji dopušta da se isključi iz postupka nadmetanja poduzetnika koji, zato što to nije bilo izrijekom navedeno u dokumentaciji za nadmetanje, nije znao za obvezu plaćanja određenog iznosa za sudjelovanje u navedenom postupku, čije se neispunjenje sankcionira isključenjem, unatoč tomu što postojanje takve obveze nije jasno vidljivo iz doslovnog čitanja zakona na snazi u državi članici, već se može izvesti na temelju dvije pravne operacije, najprije, širokim tumačenjem određenih odredbi pozitivnog prava te države članice, a nakon toga, sukladno rezultatu takvog širokog tumačenja, i iz obvezujućeg sadržaja dokumentacije za nadmetanje?”

19. Što se tiče prvog pitanja, sud koji je uputio zahtjev smatra da je Direktiva 2014/24 možda ograničila mogućnost oslanjanja na sposobnost trećih za zadovoljavanje kriterija natječaja.

20. Što se tiče drugog pitanja, Consiglio di Giustizia se također pita dovode li načela zaštite legitimnih očekivanja, proporcionalnosti, pravne sigurnosti i *favor participationis* do toga da se dotičnom društvu pruži kratak rok za ispunjavanje obveze plaćanja.

IV – Postupak pred Sudom Zahtjevi stranaka

21. Talijanska vlada i Komisija intervenirale su u postupak i podnijele pisanja očitovanja.

A – *Prvo pitanje*

22. Što se tiče prvog od pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev, talijanska vlada smatra da je njegova dopuštenost upitna, jer taj sud nije opisao „činjenične pretpostavke” na koje se oslanja i stoga niti Sudu niti strankama nije pružio potrebne alate za zauzimanje stajališta o predmetnom problemu.

23. Za talijansku vladu upućivanje na Direktivu 2014/24 je deplasirano, s obzirom na njezinu neprimjenjivost u ovom slučaju i na to što još uvijek nije istekao rok propisan za njezino prenošenje. U svakom slučaju, ta vlada smatra da navedena direktiva nije manje povoljna od Direktive 2004/18 što se tiče oslanjanja na sposobnosti trećih.

24. U meritumu, talijanska vlada smatra da se problem može riješiti s obzirom na načela navedena u presudi Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino [6], u predmetu koji nije bitno pravno različit od onoga o kojem se raspravlja u ovom postupku.

25. Talijanska vlada prema tome smatra da ne postoji nikakva neusklađenost između Direktive 2004/18 i pravila unutarnjeg prava sadržanih u članku 49. Zakonodavnog dekreta br. 163/2006.

6 — Predmet C-94/12, EU:C:2013:646, u daljnjem tekstu: predmet Swm Costruzioni.

26. Komisija se slaže s talijanskom vladom da se odgovor na prvo pitanje može izvući iz sudske prakse utvrđene u već navedenom predmetu Swm Costruzioni. Sud je potvrdio da se gospodarski subjekt, osim na svoje, može oslanjati na sposobnosti jednog ili više trećih, kako bi zadovoljio minimalne tražene uvjete koje sam ne bi u potpunosti zadovoljio.

27. U vezi s Direktivom 2014/24, Komisija poput talijanske vlade ističe da nije primjenjiva *ratione temporis* na ovaj slučaj.

28. Slijedom toga, Komisija tvrdi da članke 47. i 48. Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da se ne protive nacionalnoj normi poput one koju navodi sud koji je uputio zahtjev.

B – *Drugo pitanje*

29. Što se tiče drugog pitanja, talijanska vlada ne smatra da postoji ikakva povreda načela navedenih u odluci o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku. Navodi da članak 46. stavak 1*bis* Zakonodavnog dekreta br. 163/2006 kao razloge isključenja priznaje, osim onih predviđenih u tom zakonodavnom dekretu i pozivu na nadmetanje, one propisane „drugim važećim pravnim odredbama”. Slijedom toga, prema njezinu mišljenju, činjenica da *lex specialis* ne spominje propuštanje plaćanja doprinosa AVCP-u kao razlog za isključenje ne predstavlja okolnost koja opravdava neispunjenje obveze ponuditelja. Ponuditelj mora poznavati sva pravila koja čine skup obveznih razloga za isključenje i koji upravo popunjavaju moguće praznine poziva na nadmetanje o tom određenom pitanju.

30. Talijanska vlada također smatra da ponuditelji ne mogu ispraviti praznine u svojim ponudama nakon što je istekao rok za njihovo podnošenje i da su jedino dopušteni točno određeni ispravci ili nadopune u smislu presude donesene u predmetu Manova[7]. Javni naručitelj može prihvatiti da ponuditelji mogu ispraviti određene manjkavosti u vezi sa subjektivnim uvjetima sudjelovanja, ali ne i da nadoknade propust plaćanja doprinosa. U suprotnom bi se dopustilo ispunjavanje uvjeta za dopuštenost izvan roka koji nije bio ispunjen pravovremeno, povređujući načela jednakog postupanja, nepristranosti i transparentnosti.

31. Za talijansku vladu, jedino da je riječ tek o formalnom neispunjenju (plaćanje doprinosa u obliku različitom od onog koji se zakonski zahtijeva ili nedostatak potvrde da je uplata izvršena u propisanom roku i na propisani način) bilo bi moguće dopustiti ponuditelju da dokaže da je u stvari ispunio odgovarajući uvjet.

32. Slijedom toga, talijanska vlada predlaže da se na drugo pitanje odgovori na način da se načela koja je istaknuo sud koji je uputio zahtjev ne protive nacionalnoj odredbi koja omogućuje isključenje ponuditelja koji nije ispunio obvezu koja nije izričito predviđena zakonom za vrstu ugovora o javnoj nabavi o kojem je riječ, ali se može izvući iz ustaljenog tumačenja određenih pravnih odredaba od strane uprave dotične države članice.

33. Komisija sa svoje strane smatra da se drugo pitanje posebno odnosi na tumačenje načela jednakog postupanja i obvezu transparentnosti. Prema njezinu mišljenju, navedena načela podrazumijevaju da naručitelj mora jasno navesti uvjete poziva na nadmetanje, na način da se razumno informiran i uobičajeno pažljiv ponuditelj može upoznati s njima. Osim toga, Komisija ističe da Direktiva 2004/18 zahtijeva da su razlozi za isključenje navedeni u pozivu na nadmetanje.

7 — Predmet C-336/12, EU:C:2013:647, t. 32.

34. Prema Komisiji, ovi zahtjevi nisu ispunjeni ako obveza čije neispunjenje dovodi do isključenja (u ovom predmetu, plaćanje doprinosa upravnom tijelu) nije izričito predviđena u dokumentaciji za nadmetanje niti proizlazi iz pozitivnog nacionalnog prava, nego se samo može izvući iz širokog tumačenja tog prava koje omogućuje popunjavanje praznine koju bi u suprotnom imala ta dokumentacija. Prema mišljenju Komisije, takva situacija je osobito nepovoljna, ne samo za nacionalne gospodarske subjekte, nego i one sa sjedištem u drugim državama članicama, za koje postoji opasnost da se nađu u nepovoljnijem položaju.

35. U preostalom dijelu, Komisija smatra da se načela jednakog postupanja i proporcionalnosti trebaju tumačiti na način da se ne protive tomu da naručitelj pruži gospodarskom subjektu mogućnost da, u roku koji mu je odredio, ispuni obvezu spornog plaćanja.

V – Ocjena

A – *Prvo pitanje*

36. Iako smatra dopuštenost ovog pitanja upitnom, talijanska vlada ne predlaže da se ono proglasi nedopuštenim. Naime, nema razloga da se *a limine* odbace sumnje koje Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana ima u vezi s usklađenošću između članaka 47. i 48. Direktive 2004/18 i nacionalne norme koja, u kontekstu postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi usluga, omogućuje gospodarskom subjektu djelomično oslanjanje na sposobnosti drugog kako bi zadovoljio kriterije za sudjelovanje u postupku javne nabave.

37. Međutim, slažem se s talijanskom vladom i Komisijom što se tiče primjene sudske prakse Suda iz predmeta Smw Costruzioni u ovom predmetu, jer su jedan i drugi u biti istovjetni kad je riječ o pravnim pojedinostima o kojima se raspravlja.

38. U predmetu Smw Costruzzioni Sud je utvrdio da članak 47. stavak 2. i članak 48. stavak 3. Direktive 2004/18 „ne zabranjuju osloniti se na sposobnosti više trećih subjekata kako bi dokazali da zadovoljavaju minimalnu razinu sposobnosti. *A fortiori*, navedene odredbe ne propisuju nikakvu zabranu s obzirom na mogućnost da se natjecatelj ili ponuditelj povrh vlastitih sposobnosti pozove na sposobnosti jednog ili više trećih subjekata kako bi ispunio kriterije koje je odredio javni naručitelj” [8].

39. Prema Sudu, ta mogućnost nije bezuvjetna već podvrgnuta „[obvezi da naručitelju] natjecatelj ili ponuditelj, koji se oslanjaju na sposobnosti jednog ili više drugih subjekata, dokažu da će stvarno raspolagati njihovim resursima, a koji su nužni za izvršenje ugovora” [9].

40. Naravno, Sud ne isključuje da postoje „radovi s posebnostima koje zahtijevaju određene sposobnosti koje nije prikladno ostvariti kumuliranjem manjih sposobnosti nekoliko subjekata” [10], što je okolnost u kojoj je potrebno „tražiti da minimalnu razinu sposobnosti mora ispuniti jedan gospodarski subjekt sam ili eventualno pozivanjem na ograničen broj gospodarskih subjekata na temelju članka 44. stavka 2. podstavka 2. Direktive 2004/18, s time da takav uvjet mora biti vezan uz

8 — Predmet C-94/12, EU:C:2013:646, t. 30.

9 — Predmet C-94/12, EU:C:2013:646, t. 33.

10 — Predmet C-94/12, EU:C:2013:646, t. 35.

predmet ugovora i razmjeran predmetu ugovora”[11]. Neovisno o tome, smatra da „takav slučaj predstavlja iznimku”[12] i slijedom toga zaključuje da se „Direktiva 2004/18 protivi [...] tomu da nacionalno pravo takav uvjet podigne na razinu općeg pravila, kao što je propisano člankom 49. stavkom 6. Zakonodavnog dekreta br. 163/2006”[13].

41. S obzirom na prethodno navedeno, na pitanje koje je postavio Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana može se odgovoriti na isti način kao što je to učinio Sud u predmetu Smw Costruzioni. U preostalom dijelu valja navesti, u skladu s mišljenjem Komisije[14], da u ovom predmetu nije riječ o iznimnom slučaju koji, u skladu s točkom 35. te presude, dopušta „tražiti da minimalnu razinu sposobnosti mora ispuniti jedan gospodarski subjekt sam” jer je sposobnost o kojoj je riječ u potpunosti ekonomske prirode.

42. Sud koji je uputio zahtjev tvrdi da je, više nego što se to može zaključiti iz Direktive 2004/18, Direktiva 2014/24 možda strože ograničila mogućnost oslanjanja na sposobnost trećih za zadovoljavanje kriterija natječaja. Talijanska vlada i Komisija se sa svoje strane slažu da je nova direktiva neprimjenjiva u ovom predmetu. U potpunosti se slažem s tom ocjenom.

43. Sud koji je uputio zahtjev priznaje da još nije protekao rok za prenošenje Direktive 2014/24, što je dovoljan razlog za isključenje njezine primjene u ovom predmetu, ali se ipak poziva na „obvezu nacionalnih sudaca da, među mogućim tumačenjima unutarnjeg prava, odaberu i daju prednost samo onima koja su u skladu s normama prava Unije koje se moraju prenijeti”[15].

44. Sudska praksa Suda nalaže državama članicama obvezu da se unutar razdoblja za prenošenje „moraju suzdržati od donošenja odredbi koje bi mogle ozbiljno ugroziti rezultat predviđen tom direktivom”[16], ali ne ide tako daleko da obvezuje nacionalnog suca na tumačenje vlastitog unutarnjeg prava u potpunosti u skladu s direktivom čiji rok za prenošenje još nije istekao.

45. U preostalome sporna ocjena Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana je da je Direktiva 2014/24 stroža od Direktive 2004/18 kad je riječ o mogućnosti oslanjanja na sposobnosti trećih; međutim, riječ je o temi za koju smatram da nisu potrebna dubinska pojašnjenja, uzimajući u obzir da nije bitna za spor.

46. Slijedom toga, smatram da se članak 47. i 48. Direktive 2004/18 ne protive nacionalnoj normi koja, u okolnostima koje se raspravljaju u glavnom postupku, dopušta djelomično oslanjanje na sposobnosti drugih poduzetnika radi zadovoljavanja kriterija odabira.

B – *Drugo pitanje*

47. Drugo pitanje suda koji je uputio zahtjev mi se čini osjetljivijim. Razlika u stajalištima koja brane talijanska vlada i Komisija svjedoče o njegovoj složenosti. Dok talijanska vlada drži da isključeni ponuditelj nije mogao biti ne upoznat s primjenjivošću sporog uvjeta (prethodno plaćanje doprinosa AVCP-u), Komisija je mišljenja da je navedeni uvjet mogao biti primjenjiv samo ako je bio izričito naveden u dokumentaciji za nadmetanje ili jasno proizlazi iz važećeg pozitivnog prava.

11 — *Ibidem.*

12 — Predmet C-94/12, EU:C:2013:646, t. 36.

13 — *Ibidem.*

14 — Točka 30. njezinih pisanih očitovanja.

15 — Točka C1 odluke o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku.

16 — Predmet Inter-Environnement Wallonie, (C-129/96, EU:C:1997:628, t. 45.).

48. Smatram da su u stvari oba stajališta puno bliža nego što bi se moglo pretpostaviti. Naime, talijanska vlada se usredotočila na informiranost o spornom uvjetu, dok se Komisija usredotočila na obvezu objave tog uvjeta. U konačnici je riječ o dvije komplementarne perspektive, jer objava uvjeta služi tomu da se o njemu informira i to je moguće (i može se zahtijevati) samo ako je bio uredno objavljen.

49. Sudska praksa Suda inzistira da je nužno da su „svi uvjeti i modaliteti postupka sklapanja ugovora formulirani u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje na jasan, precizan i jednoznačan način, tako da, kao prvo, omogućuju svim razumno informiranim i prosječno pažljivim ponuditeljima da razumiju njihov točan opseg i protumače ih na isti način i, kao drugo, da omoguće javnom naručitelju stvarnu provjeru odgovaraju li ponude ponuditeljâ kriterijima koji uređuju ugovor o kojem je riječ”[17].

50. Obvezu „jasne, precizne i jednoznačne” objave zahtijevaju, kao prvo, načelo jednakosti postupanja koje „nameće da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta svojih ponuda imaju jednake izglede i podrazumijeva podvrgavanje tih ponuda istim uvjetima za sve ponuditelje”[18] i, kao drugo, načelo transparentnosti, čiji cilj je „jamčiti odsutnost rizika protekcionizma i proizvoljnosti javnog naručitelja”[19]. Načela jednakog postupanja i transparentnosti su „načela sklapanja ugovora [o javnoj nabavi]”, kako na njih upućuje članak 2. Direktive 2004/18, koja javni naručitelji moraju poštovati.

51. Prema tome, nema sumnje da ponuditelji moraju biti u stanju upoznati se s uvjetima natječaja, što odgovara osnovnim zahtjevima jednakosti i transparentnosti. Međutim, spornije je pitanje u kojoj mjeri u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje moraju izričito biti navedeni *svi* uvjeti sposobnosti sudjelovanja na javnom natječaju ili se, naprotiv, određeni zahtjevi opće naravi mogu smatrati poznatima iako nisu bili izričito ponovno navedeni u tim dokumentima.

52. Prema mojem mišljenju, uzimajući u obzir svrhu obveze objave uvjeta – koja je da se zajamči da su „svi razumno informirani i uobičajeno pažljivi ponuditelji” upućeni u njihov sadržaj i doseg – ne bi bilo logično da su javni naručitelji također obvezni točno navesti i one čije ispunjenje nameću odredbe propisa opće primjene koje „razumno informiran i uobičajeno pažljiv” ponuditelj ne može ne poznavati. Mislim, primjerice, na osnovne zahtjeve koji, u kontekstu građanskog i trgovačkog prava, utječu na pravnu sposobnost osoba i društava, a koje ni jedan gospodarski subjekt ne može ne poznavati niti zahtijevati da su izričito i detaljno navedeni u dokumentaciji javnog natječaja.

53. Točno je da se mogu pojaviti sumnje u vezi s drugim, manje „očitim” zahtjevima, ili drugim riječima manje „logičnima” ili „prirodnima”, no ne bi bilo opravdano da minimalno pažljivi i informirani ponuditelj nije upoznat s njima. Upravo pažljivost i informiranost koji se mogu razumno zahtijevati od ponuditelja prema mojem mišljenju predstavljaju odlučujući kriterij za pravilno razumijevanje duha kojem odgovara članak 2. Direktive 2004/18 i načina na koji Sud tumači načela jednakosti i transparentnosti[20].

54. Talijanska vlada je tvrdila u svojim pisanim očitovanjima[21] da članak 46. stavak 1*bis* Zakonodavnog dekreta br. 163/2006 kao razloge isključenja određuje, osim onih predviđenih u tom zakonodavnom dekretu i pozivu na nadmetanje, one propisane „drugim važećim pravnim odredbama”. Među tim „drugim važećim pravnim odredbama” mogu se pronaći one vezane uz financijske obveze svih ponuditelja, koje su svi dužni ispuniti, pod prijetnjom isključenja iz javnog natječaja.

17 — Predmet Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 44. koja upućuje na presudu u predmetu Komisija/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, t. 108. do 111.

18 — *Ibidem.*

19 — *Ibidem.*

20 — Osim gore navedenih predmeta Cartiera del’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) i Komisija/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236), valja spomenuti, među ostalim, predmete SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647) i eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Točka 66.

55. Članak 27. stavak 1. Direktive 2004/18 ne zahtijeva konkretno da su u dokumentaciji za nadmetanje detaljno navedene „obveze vezane uz poreze, zaštitu okoliša, odredbe o zaštiti radnog mjesta i radne uvjete koje su na snazi u državi članici". Ponuditelji ili kandidati ne prestaju biti podvrgnuti tim obvezama – čije neispunjenje može ovisno o slučaju dovesti do njihova isključenja – zbog činjenica da one nisu izričito navedene u dokumentaciji javnog natječaja.

56. Talijansko pravo je ono kojem pripada utvrditi, u skladu s tumačenjem koje tom pravu daju njegovi nacionalni sudovi, može li se doprinos AVCP-u zbog svojih značajki svrstati u obveze fiskalne prirode, u širokom smislu. Također je na talijanskim sudovima (tako da potvrde ili odbace tumačenje javnog tijela kojem se uplaćuje doprinose) da utvrde subjektivni i objektivni doseg članka 1. stavaka 65. i 67. Zakona br. 266/2005, koji se odnose na doprinos čije neplaćanje je dovelo do isključenja CGRT-a iz javnog natječaja.

57. Sud se ne bi trebao uključiti u raspravu – koju bih ocijenio isključivo internom – o tome jesu li talijanska upravna ili sudska tijela više ili manje široko protumačila odredbe Zakona br. 266/2005. Ako je AVCP, kao što se to može zaključiti iz odluke o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku, redovito tumačio Zakon br. 266/2005 na način da se uvjet plaćanja doprinosa treba primijeniti na ugovore o uslugama, i ako je Consiglio di Stato, kao sud koji ima zadnju riječ u pogledu unutarnjeg prava, to potvrdio, potrebno je držati se tog tumačenja.

58. Ova ista razmatranja primjenjuju se na učinak isključenja koji ima neplaćanje doprinosa. Ponovno – u skladu s informacijama dostupnima u tom postupku – i AVCP i sudovi koji su poduprli taj kriterij su odlučili da neispunjenje obveze plaćanja tog doprinosa, predviđene u prisilnom propisu, ali ne i u dokumentaciji za nadmetanje, podrazumijeva neizbježno isključenje iz javnog natječaja.

59. Sve upućuje na to da tumačenje zakonitosti koje je osnova za primjenu članka 1. stavaka 65. i 67. Zakona br. 266/2005 na ugovore o uslugama proizlazi iz prakse koju je provodilo nadležno upravno tijelo – AVCP najmanje od 2008. Čini se da je to tumačenje potvrdio vrhovni nacionalni upravni sud u sudskoj praksi čiji početak nije točno utvrđen u ovom postupku. U svakom slučaju se logički može zaključiti da je riječ o praksi koju je AVCP redovito primjenjivao u svim predmetima javnih natječaja za ugovore o uslugama (točnije, talijanska vlada je nabrojala različite odluke AVCP-a iz uzastopnih godina u vezi s tim). U konačnici se može pretpostaviti da je gospodarski subjekt koji je isključen iz postupka javne nabave (CRGT), koji je prije toga pružao usluge koje su predmet javnog natječaja, znao ili mogao znati za tu praksu.

60. Slijedom toga i uz ova ograničenja, može se govoriti o razlogu za isključenje koji je, iako nije izričito naveden u pozivu na nadmetanje niti u dokumentaciji za nadmetanje, oblikovan putem stalnog tumačenja zakonodavne odredbe potvrđenog sudskim putem. Tumačenje za koje se zalaže AVCP i koje je sudski potvrđeno ide u prilog nedopuštenosti ponuda podnesenih bez plaćanja doprinosa.

61. Priznajem da bi se ta obveza teoretski mogla kvalificirati kao uvjet koji je teško identificirati, što znači da njegova primjena načelno ne bi bila u skladu sa sudskom praksom Suda u tom području. Međutim, čini mi se da bi analiza mogla biti drugačija ako se ograničimo na kriterij minimalno pažljivog i informiranog ponuditelja, iako, kao što ću u nastavku izložiti, Sud možda nije u najboljem položaju da to razmotri.

62. Naime, samo je sud koji je uputio zahtjev u stanju utvrditi je li točno da u konkretnim okolnostima slučaja isključeni ponuditelj nije mogao ne poznavati tumačenje Zakona br. 266/2005 niti praksu koja se slijedila u ovoj vrsti javnih natječaja, i koja je uspostavljena stalnom upravnom primjenom, a u skladu s kojom se i za ugovore o uslugama može zahtijevati plaćanje doprinosa AVCP-u. U tu svrhu bi moglo biti korisno utvrditi je li isključeni ponuditelj sudjelovao u natječajima s istim značajkama u kojima se sporno plaćanje moglo zahtijevati na temelju tumačenja Zakona br. 266/2005 koje podupire AVCP.

63. U konačnici, na nacionalnom je sudu da utvrdi jesu li praksa AVCP-a i sudska praksa Consiglio di Stato dovoljno poznate u sektoru poduzetnika ponuditelja u javnim natječajima da informirani i pažljivi ponuditelj nije mogao ne znati za njih.

64. Ova posljednja tvrdnja dovodi do sljedeće koju smatram bitnom s obzirom na načelo jednakog postupanja. Odnosno, ako se utvrdi da u praksi većina ponuditelja poznaje praksu AVCP-a i zbog toga plaća sporni doprinos, bila bi riječ o diskriminirajućem ponašanju kad bi se iz te obveze isključio pojedini ponuditelj.

65. Istina je, kao što je upozorila Komisija [22], da primjena uvjeta, kao što je ovaj koji se ispituje u ovom predmetu, može biti osobito nepovoljna za ponuditelje sa sjedištem u drugim državama članicama, čija razina poznavanja nacionalnog prava i njegova izvornog tumačenja može biti neusporediva s onom nacionalnih ponuditelja. Neovisno o tome, kriterij razumno informiranog i uobičajeno pažljivog ponuditelja – ključan za rješenje koje predlažem – omogućuje otkloniti ovaj problem, jer se stupanj informiranosti i pažljivosti može prilagoditi u svakom pojedinom slučaju karakteristikama konkretnog ponuditelja, tako da, u ovom predmetu, razina upoznatosti koja se može zahtijevati od CRGT-a ne bi se mogla zahtijevati od stranog ponuditelja.

66. Na kraju preostaje ispitati sumnje o tome je li moguće ispraviti propust neispunjenja obveze plaćanja doprinosa propisanog Zakonom br. 266/2005. U tom pogledu, kao i Komisija smatram da, ako sud koji je uputio zahtjev utvrdi da razumno informirani i uobičajeno pažljiv ponuditelj nije bio upoznat s tom obvezom, javni naručitelj mu mora pružiti rok dostatan za ispravljanje tog propusta. To je posljedica koja slijedi, *sensu contrario*, iz sudske prakse Suda prema kojoj javni naručitelj ne mora prihvatiti „bilo koji ispravak propusta koji, prema izričitim odredbama ugovornih dokumenata, trebaju dovesti do isključenja subjekta” [23]. Upravo bi to bio slučaj neispunjenja obveze koja se ne bi mogla izvući iz „izričito navedenog u [tim] dokumentima”.

67. Ukratko, pravo Unije se ne protivi nacionalnom propisu koji dopušta da se iz postupka javne nabave isključi ponuditelj koji nije ispunio obvezu fiskalne prirode ako njezina primjena, iako nije bilo izričito navedena u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje, proizlazi iz stalnog tumačenja primjenjivog nacionalnog propisa u upravnoj praksi koju su potvrdili sudovi, pod uvjetom da za tu okolnost razumno informirani i uobičajeno pažljivi ponuditelj nije mogao ne znati, što je na nacionalnom sucu da utvrdi. Ako se utvrdi da se poznavanje te obveze ne može zahtijevati, javni naručitelj mora isključenom ponuditelju dati rok dovoljan za ispravljanje tog propusta.

VI – Zaključak

68. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na postavljeno pitanje odgovori kako slijedi:

„1. Članke 47. i 48. Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, treba tumačiti na način da im se ne protivi nacionalni propis koji u odnosu na usluge omogućuje djelomično oslanjanje na sposobnosti drugih subjekata, pod opisanim pretpostavkama.

2. Načela prava Europske unije, a osobito jednakog postupanja i transparentnosti, ne protive se nacionalnom propisu koji dopušta da se iz postupka javne nabave isključi ponuditelj koji nije ispunio obvezu fiskalne prirode ako njezina primjena, iako nije bilo izričito navedena u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje, proizlazi iz stalnog tumačenja primjenjivog

22 — Točka 38. *in fine* njezinih pisanih očitovanja.

23 — Predmet Cartiera del’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 46.

nacionalnog propisa u upravnoj praksi koju su potvrdili sudovi, pod uvjetom da za tu okolnost razumno informirani i uobičajeno pažljivi ponuditelj nije mogao ne znati, što je na nacionalnom sucu da utvrdi. Ako se utvrdi da se poznavanje te obveze ne može zahtijevati, javni naručitelj mora isključenom ponuditelju dati rok dovoljan za ispravljanje tog propusta.”