Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (deveto vijeće)

3. lipnja 2021.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava usluga, robe i radova – Direktiva 2014/24/EU – Vođenje postupka – Odabir sudionika i dodjela ugovora – Članak 63. – Ponuditelj koji se oslonio na sposobnosti drugog subjekta kako bi ispunio zahtjeve javnog naručitelja – Članak 57. stavci 4., 6. i 7. – Neistinite izjave tog subjekta – Isključenje navedenog ponuditelja a da mu se pritom ne nalaže ili ne dopušta da zamijeni navedeni subjekt – Načelo proporcionalnosti”

U predmetu C-210/20,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija), odlukom od 20. veljače 2020., koju je Sud zaprimio 30. ožujka 2020., u postupku

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

protiv

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

DAF Costruzioni stradali Srl,

uz sudjelovanje:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

SUD (deveto vijeće),

u sastavu: N. Piçarra, predsjednik vijeća, D. Šváby (izvjestitelj) i S. Rodin, suci,

nezavisni odvjetnik: M. Campos Sánchez-Bordona,

tajnik: A. Calot Escobar,

uzimajući u obzir pisani postupak,

* Jezik postupka: talijanski

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

– za Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl i Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., A. Manzi i F. Bertini, *avvocati*,

– za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju C. Colellija i S. L. Vitalea, *avvocati dello Stato*,

– za Europsku komisiju, G. Gattinara, P. Ondrůšek i K. Talabér-Ritz, u svojstvu agenata,

odlučivši, nakon što je saslušao nezavisnog odvjetnika, da u predmetu odluči bez mišljenja,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članaka 49. i 56. UFEU-a i članka 63. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65.).

2 Zahtjev je upućen u okviru spora između društava Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl i Cosmo Scavi Srl, ujedinjenih u okviru privremenog udruženja poduzetnika (GTE) Rad Service (u daljnjem tekstu: GTE Rad Service), s jedne strane, i društava Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl, Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (u daljnjem tekstu: GTE Del Debbio) i privremenog udruženja poduzetnika koje čine društva DAF Costruzioni stradali Srl, GARC SpA i Edil Moter Srl (u daljnjem tekstu: GTE Daf), s druge strane, u vezi s odlukom Aziende Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (Lokalna zdravstvena agencija regije Toskana, centar, Italija) o isključenju GTE Del Debbija iz postupka javne nabave radova.

Pravni okvir

Direktiva 2014/24

3 Uvodne izjave 84., 101. i 102. Direktive 2014/24 glase:

„(84) Mnogi gospodarski subjekti, i to ne samo mala i srednja poduzeća, smatraju da veliku prepreku njihovom sudjelovanju u javnoj nabavi predstavlja administrativno opterećenje koje proizlazi iz potrebe generiranja znatnog broja potvrda ili drugih dokumenata vezanih uz kriterije za isključivanje i odabir. Ograničavanjem takvih zahtjeva, primjerice korištenjem europske jedinstvene dokumentacije o nabavi (ESPD) koja se sastoji od ažurirane osobne izjave, moglo bi se postići znatno pojednostavljenje u korist javnih naručitelja i gospodarskih subjekata.

Od ponuditelja kojemu se odlučilo dodijeliti ugovor trebalo bi se, međutim, zahtijevati da stavi na raspolaganje relevantne dokaze, a javni naručitelji ne bi trebali sklopiti ugovore ako im ponuditelji to ne mogu osigurati. Javni naručitelji također bi trebali imati pravo zatražiti sve ili dio popratnih dokumenata u bilo kojem trenutku ako to smatraju potrebnim za pravilno provođenje postupka. To pogotovo može biti potrebno u slučaju dvofaznih postupaka – ograničenih postupaka, natjecateljskih postupaka uz pregovore, natjecateljskih dijaloga te partnerstava za inovacije – u kojem javni naručitelji koriste mogućnost ograničavanja broja natjecatelja koji se pozivaju na predaju ponuda. Obveza predaje popratnih dokumenata u trenutku odabira natjecatelja koje se

poziva na predaju ponude mogla bi biti opravdana kako bi se spriječilo da javni naručitelji pozovu natjecatelje za koje se kasnije uspostavi da nisu u mogućnosti predati popratne dokumente u fazi dodjele, čime se uskraćuje sudjelovanje ostalim kvalificiranim natjecateljima.

Trebalo bi izričito navesti da bi ESPD također trebao pružiti relevantne podatke u odnosu na subjekte na čije se sposobnosti gospodarski subjekt oslanja, kako bi provjera podataka o tim subjektima mogla biti provedena zajedno sa provjerom i pod istim uvjetima kao i provjera u odnosu na glavnog gospodarskog subjekta.

[…]

(101) Javnim naručiteljima također bi se trebala pružiti mogućnost isključenja gospodarskih subjekata koji su dokazano nepouzdani jer su, primjerice, prekršili okolišne ili društvene obveze, uključujući pravila o dostupnosti za osobe s invaliditetom, ili su počinili ostale oblike teških poslovnih prekršaja, poput kršenja pravila o tržišnom natjecanju ili prava intelektualnog vlasništva. Trebalo bi razjasniti da teški poslovni prekršaji mogu dovesti u pitanje integritet gospodarskog subjekta i tako ga isključiti iz dodjele javnog ugovora neovisno o tome bi li inače imao tehničke i ekonomske sposobnosti za izvršenje ugovora.

Uzimajući u obzir činjenicu da će javni naručitelj biti odgovoran za posljedice svojih mogućih pogrešnih odluka, javni naručitelji također bi trebali biti slobodni razmotriti slučaj postojanja teškog poslovnog prekršaja, u kojem, prije donošenja konačne i obvezujuće odluke o postojanju obvezujućih osnova za isključenje, mogu na bilo koji odgovarajući način dokazati da je gospodarski subjekt prekršio svoje obveze, uključujući obveze vezane uz plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje, osim ako je drugačije predviđeno nacionalnim pravom. Također bi trebali biti u mogućnosti isključiti natjecatelje ili ponuditelje čija je izvedba u prethodnim javnim ugovorima imala velike nedostatke vezane uz bitne zahtjeve, primjerice, ako natjecatelji ili ponuditelji nisu izvršili isporuku ili svoje obveze, ako su isporučeni proizvod ili pružena usluga imali znatne nedostatke zbog kojih su bili neiskoristivi za potrebe kojima su namijenjeni ili ako su se natjecatelji ili ponuditelji ponašali na neprimjeren način koji dovodi u pitanje pouzdanost gospodarskog subjekta. U nacionalnom pravu trebalo bi predvidjeti maksimalno trajanje takvog isključenja.

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

(102) Trebalo bi se, međutim, dopustiti da gospodarski subjekti mogu usvajati mjere sukladnosti usmjerene na ispravljanje posljedica kaznenih djela ili neprimjerenih ponašanja te na učinkovito sprečavanje budućeg neprimjerenog ponašanja. Te mjere mogle bi posebno obuhvaćati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su sudjelovale u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sustava izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila sukladnost i donošenja pravila o internoj odgovornosti i naknadama. Ako takve mjere ne nude dovoljna jamstva, određeni gospodarski subjekt ne bi se više trebao isključivati samo na tim osnovama. Gospodarski subjekti trebali bi imati mogućnost zatražiti da se preispitaju mjere sukladnosti poduzete u svrhu mogućeg uključivanja u postupak nabave. Međutim, države članice same bi trebale utvrditi točne postupovne i materijalne uvjete primjenjive u takvim slučajevima. Države članice trebale bi posebno biti slobodne odlučiti žele li dozvoliti pojedinim javnim naručiteljima izvršavanje relevantnih procjena ili provjeriti taj zadatak drugim tijelima na središnjoj ili decentraliziranoj razini.”

4 U članku 18. te direktive, naslovljenom „Načela nabave”, u njegovu stavku 1. prvom podstavku određuje se:

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

5 U članku 57. navedene direktive, naslovljenom „Osnove za isključenje”, u stavcima 4. do 7. propisuje se:

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

[…]

(c) ako javni naručitelj može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet;

[…]

(h) ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti razloga za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir, ako je prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente u skladu s člankom 59.; ili

(i) gospodarski subjekt […] pruži krivu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.

[…]

5. […]

Javni naručitelji mogu u bilo koje vrijeme tijekom postupka isključiti ili zatražiti od države članice da isključi gospodarski subjekt ako se pokaže da se gospodarski subjekt, s obzirom na djela počinjena ili propuštena bilo prije ili tijekom postupka, nalazi u nekoj od situacija iz stavka 4.

6. Svaki gospodarski subjekt koji se nalazi u nekoj od situacija iz stavaka 1. i 4. može pružiti dokaze kako bi dokazao da su mjere koje je poduzeo dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost bez obzira na postojanje nekog ključnog razloga za isključenje. Ako se takav dokaz smatra dovoljnim, dotični gospodarski subjekt neće biti isključen iz postupka nabave.

U tu svrhu gospodarski subjekt dokazuje da je platio ili poduzeo akciju plaćanja naknade bilo kakve moguće štete prouzročene kažnjivim djelom ili propustom, da je u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti uz aktivnu suradnju s tijelima nadležnima za provedbu istrage te da je poduzeo konkretne mjere tehničke i organizacijske prirode te mjere za osoblje primjerene za sprječavanje daljnjih kriminalnih djela ili propusta.

Mjere koje poduzimaju gospodarski subjekti ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti kriminalnog djela ili propusta. Ako se smatra da su mjere nedostatne, gospodarski subjekt prima izjavu o razlozima takve odluke.

Gospodarski subjekt koji je pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupku nabave ili dodjele koncesija nema pravo korištenja mogućnosti iz ovog stavka tijekom razdoblja isključenja koje je proizašlo iz takve presude u državi članici u kojoj je presuda na snazi.

7. Države članice, uzimajući u obzir pravo Unije, određuju provedbene uvjete za ovaj članak zakonima i drugim propisima. One posebno utvrđuju maksimalno razdoblje isključenja ako gospodarski subjekt nije poduzeo nikakve mjere navedene u stavku 6. kako bi dokazao njihovu pouzdanost. Ako razdoblje isključenja nije utvrđeno pravomoćnom presudom, to razdoblje ne može trajati dulje od pet godina od datuma izricanja pravomoćne osuđujuće presude u slučajevima iz stavka 1. i tri godine od datuma relevantnog događaja u slučajevima iz stavka 4."

6 U skladu s člankom 59. te direktive, naslovljenim „Europska jedinstvena dokumentacija o nabavi":

„1. U vrijeme podnošenja zahtjeva za sudjelovanje ili ponuda, javni naručitelji dužni su prihvatiti europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi (ESPD) koja se sastoji od ažurirane osobne izjave kao preliminarni dokaz umjesto potvrda koje izdaju tijela javne vlasti ili treće strane, a kojima se potvrđuje da relevantni gospodarski subjekt ispunjava bilo koji od sljedećih uvjeta:

(a) ne nalazi se u jednoj od situacija iz članka 57. u kojoj gospodarski se gospodarski subjekti isključuju ili se mogu isključiti;

(b) ispunjava odgovarajuće kriterije za odabir koji su određeni u skladu s člankom 58.;

(c) ako je to primjenjivo, ispunjava objektivna pravila i kriterije koji su određeni u skladu s člankom 65.

Ako se gospodarski subjekt oslanja na sposobnosti drugih subjekata, u skladu s člankom 63., ESPD također mora sadržavati podatke iz ovog stavka prvog podstavka koji se odnose na te subjekte.

ESPD se sastoji od službene izjave gospodarskog subjekta da nema relevantnih osnova za isključenje i/ili da je odgovarajući kriterij za odabir ispunjen te pruža relevantne informacije koje zahtijeva javni naručitelj. Osim toga, ESPD navodi tijelo javne vlasti ili treću stranu odgovornu za utvrđivanje popratnog dokumenta i sadrži službenu izjavu da će gospodarski subjekt, na zahtjev i bez odlaganja, moći dostaviti te popratne dokumente.

Ako javni naručitelj može dobiti popratne dokumente izravno, pristupanjem bazi podataka u skladu sa stavkom 5., ESPD mora sadržati i podatke koji su potrebni u tu svrhu, kao što je internetska adresa baze podataka, svi identifikacijski podaci i, ako je to primjenjivo, izjava o pristanku.

[…]

4. Javni naručitelj može, u bilo kojem trenutku tijekom postupka, zahtijevati od ponuditelja i natjecatelja da dostave sve ili dijelove popratnih dokumenta ako je to potrebno za pravilno provođenje postupka.

Prije dodjele ugovora, javni naručitelj zahtijeva od ponuditelja kojem je odlučio dodijeliti ugovor, osim kod ugovora koji se temelje na okvirnom sporazumu ako se takvi ugovori sklapaju u skladu s člankom 33. stavkom 3. ili člankom 33. stavkom 4. točkom (a), da podnese ažurne popratne dokumente u skladu s člankom 60. i, prema potrebi, člankom 62. Javni naručitelj može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili pojasne zaprimljene potvrde sukladno člancima 60. i 62.

5. Neovisno o stavku 4., od gospodarskih subjekata neće se zahtijevati da dostave popratne dokumente ili drugu dokaznu dokumentaciju ako javni naručitelj ima mogućnost dobavljanja tih potvrda ili relevantnih podataka izravno, pristupanjem besplatnoj nacionalnoj bazi podataka u nekoj državi članici, kao što je nacionalni registar nabave, virtualni dosje poduzeća, elektronički sustav pohrane dokumenata ili pretkvalifikacijski sustav.

[…]"

7 U članku 60. Direktive 2014/24, naslovljenom „Načini dokazivanja”, propisuje se:

„1. Javni naručitelji mogu zahtijevati potvrde, izjave ili druge načine dokazivanja iz stavaka 2., 3. i 4. ovog članka i Priloga XII. kao dokaz za nepostojanje osnova za isključenje iz članka 57. i za ispunjavanje kriterija za odabir sukladno članku 58.

Javni naručitelji ne smiju zahtijevati načine dokazivanja osim onih iz ovog članka i iz članka 62. U odnosu na članak 63., gospodarski subjekti mogu se osloniti na bilo koji odgovarajući način kako bi dokazali javnom naručitelju da raspolažu potrebnim resursima.

2. Javni naručitelji dužni su prihvatiti sljedeće kao dovoljan dokaz da se niti jedan od slučajeva navedenih u članku 57. ne primjenjuje na gospodarski subjekt:

(a) što se tiče stavka 1. tog članka, prilaganje izvatka iz odgovarajućeg registra kao što je sudski registar ili, ako to nije moguće, jednakovrijednog dokumenta kojeg su izdale nadležne sudske ili upravne vlasti u državi članci ili zemlji podrijetla ili u zemlji u kojoj gospodarski subjekt ima poslovni nastan i kojim se pokazuje da su ti uvjeti zadovoljeni;

(b) što se tiče stavka 2. i stavka 4. točke (b) tog članka, potvrdu koju izdaje nadležno tijelo u dotičnoj državi članici ili zemlji.

[…]”

8 Članak 63. te direktive, naslovljen „Oslanjanje na sposobnosti drugih subjekata”, glasi kako slijedi:

„1. S obzirom na kriterije koji su vezani uz ekonomsku i financijsku sposobnost kako je određeno sukladno članku 58. stavku 3. i kriterije vezane uz tehničku i stručnu sposobnost kako je određeno sukladno članku 58. stavku 4., 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. S obzirom na kriterije koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije kako je određeno u dijelu II. S obzirom na kriterije koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije kako je određeno u dijelu II. točki (f) Priloga XII. ili na relevantno stručno iskustvo, gospodarski subjekti mogu se, međutim, osloniti samo na sposobnosti drugih subjekata ako će oni obaviti radove ili pružiti usluge za koje se traže te sposobnosti. Ako se gospodarski subjekt želi osloniti na sposobnosti drugih subjekata, mora dokazati javnom naručitelju da će imati na raspolaganju potrebne resurse, na primjer, dostavljanjem obveze tih subjekata u tu svrhu.

Javni naručitelj dužan je, u skladu s člancima 59., 60. i 61., provjeriti ispunjavaju li subjekti na čije se sposobnosti gospodarski subjekt namjerava osloniti relevantne kriterije za odabir te postoje li osnove za isključenje sukladno članku 57. Javni naručitelj zahtijeva da gospodarski subjekt zamijeni subjekt koji ne zadovoljava relevantni kriterij za odabir ili za koji postoji obvezujuća osnova za isključenje. Javni naručitelj može zahtijevati ili država članica može zahtijevati od njega da zahtijeva da gospodarski subjekt zamijeni subjekt za koji postoji neobvezujuća osnova za isključenje.

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.

Pod istim uvjetima, skupina gospodarskih subjekata navedena u članku 19. stavku 2. može se osloniti na sposobnost članova skupine ili drugih subjekata.

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

Talijansko pravo

9 U članku 32. stavku 7. decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (Zakonodavna uredba br. 50 o Zakoniku o javnoj nabavi) od 18. travnja 2016. (redovni dodatak GURI-ju br. 91 od 19. travnja 2016., u daljnjem tekstu: Zakonik o javnoj nabavi) propisuje se:

„Dodjela ugovora stupa na snagu nakon što se utvrdi da su kriteriji ispunjeni."

10 U članku 80. Zakonika o javnoj nabavi u stavku 5. točki (f-bis) određuje se:

„Javni naručitelji iz postupka javne nabave isključuju gospodarski subjekt koji se nalazi u jednoj od sljedećih situacija, uključujući kada se ta situacija odnosi na njegove podizvođače u slučajevima iz članka 105. stavka 6.: […] (f-bis) gospodarski subjekt predoči […] lažne dokumente ili izjave u postupku javne nabave koji je u tijeku i u kontekstu oslanjanja na sposobnosti drugih subjekata".

11 U članku 89. tog zakonika predviđa se:

„1. […]

Gospodarski subjekt koji se želi osloniti na sposobnosti drugih subjekata prilaže […] izjavu koju je potpisao [pomoćni poduzetnik] kojom se potvrđuje da udovoljava općim kriterijima iz članka 80. kao i tehničkim kriterijima te da raspolaže resursima na koje će se gospodarski subjekt osloniti. Gospodarski subjekt javnom naručitelju dokazuje da će raspolagati nužnim resursima podnošenjem izjave koju je potpisao pomoćni poduzetnik, u kojoj se potonji ponuditeljima i javnom naručitelju obvezuje da će tijekom cijelog trajanja ugovora staviti na raspolaganje potrebne resurse koji ponuditelju nedostaju. U slučaju neistinitih izjava javni naručitelj isključuje ponuditelja i izvršava jamstvo, ne dovodeći u pitanje primjenu članka 80. stavka 12. na potpisnike navedenih izjava.

[…]

3. Javni naručitelj, u skladu s člancima 85., 86. i 88., provjerava ispunjavaju li subjekti na čije se sposobnosti gospodarski subjekt namjerava osloniti relevantne kriterije za odabir odnosno postoje li osnove za isključenje u smislu članka 80. Njime se gospodarskom subjektu nalaže da zamijeni subjekte koji ne zadovoljavaju jedan od relevantnih kriterija odabira ili u pogledu kojih postoje obvezujuće osnove za isključenje. U pozivu na nadmetanje mogu se također navesti slučajevi u kojima je gospodarski subjekt obvezan zamijeniti subjekt na koji se primjenjuju neobvezujuće osnove za isključenje, pod uvjetom da je riječ o tehničkim kriterijima."

Glavni postupak i prethodno pitanje

12 Pozivom na nadmetanje od 3. siječnja 2018. lokalna zdravstvena agencija Toskane, centar, pokrenula je postupak dodjele radova selektivnog i mehaničkog rušenja zgrada bivše bolnice Misericordia e Dolce u Pratu (Italija) za osnovni iznos od 5 673 030,73 eura.

13 U okviru podnošenja svoje ponude GTE Del Debbio se pozvao na tehničke i profesionalne sposobnosti pomoćnog poduzetnika.

14 Iako su GTE Daf, s jedne strane, i GTE Del Debbio, s druge strane, zauzimali prva dva mjesta u privremenoj klasifikaciji, javni naručitelj ih je isključio iz postupka. Zbog toga je GTE Rad Service došao na prvo mjesto te klasifikacije.

15 Isključenje GTE Del Debbija obrazloženo je davanjem izjave pomoćnog poduzetnika u kojoj nije naveden *patteggiamento*, odnosno presuda kojom se izriče kazna dogovorena sporazumom postignutim između stranaka, koja je 14. lipnja 2013. bila donesena protiv vlasnika i zakonskog zastupnika poduzetnika i koja je postala pravomoćna 11. rujna 2013. U talijanskom pravu *patteggiamento* je izričito izjednačen, u okolnostima poput onih o kojima je riječ u glavnom postupku, s osudom za lakše kazneno djelo povrede prouzročeno nepažnjom počinjeno povredom propisa o zaštiti zdravlja i sigurnosti na radnom mjestu.

16 Javni naručitelj smatrao je da je pomoćni poduzetnik dao lažnu i neistinitu izjavu na pitanje koje se nalazi u ESPD-u, a koje se odnosi na to je li počinio teški poslovni prekršaj iz članka 80. stavka 5. točke (c) Zakonika o javnoj nabavi. Stoga je javni naručitelj smatrao da je GTE Del Debbio morao automatski biti isključen iz postupka, u skladu s člankom 80. stavkom 5. točkom (f-bis) i člankom 89. stavkom 1. tog zakonika.

17 Nakon što je Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Regionalni upravni sud za Toskanu, Italija) dvjema presudama ukinuo isključenja GTE Del Debbija i GTE Dafa, GTE Rad Service podnio je žalbu protiv tih presuda sudu koji je uputio zahtjev odnosno Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija).

18 Potonji smatra da, na temelju članka 89. stavka 1. četvrtog podstavka Zakonika o javnoj nabavi, lažna izjava koju je u okviru postupka javne nabave dao zakonski zastupnik pomoćnog poduzetnika automatski dovodi do obveze javnog naručitelja da isključi ponuditelja koji se oslanjao na te sposobnosti a da ga pritom ne može zamijeniti. Stoga se postupak ispravka predviđen člankom 89. stavkom 3. tog zakonika ne primjenjuje, tako da gospodarski subjekt ne može zamijeniti pomoćnog poduzetnika.

19 Međutim, sud koji je uputio zahtjev sumnja u usklađenost te odredbe s načelima i pravilima iz članka 63. Direktive 2014/24 i s člancima 49. i 56. UFEU-a. Naime, cilj članka 63. stavka 1. drugog podstavka Direktive 2014/24 je osobito zajamčiti da će usluge pružati subjekti čije su sposobnosti i moralnost odgovarajući te se stoga javnom naručitelju nalaže da pristane na zamjenu pomoćnog poduzetnika koji ne udovoljava kriterijima ili u pogledu kojeg postoji osnova za isključenje.

20 Međutim, člankom 89. stavkom 1. četvrtim podstavkom Zakonika o javnoj nabavi se predviđanjem automatskog isključenja ponuditelja zbog neistinitih izjava poduzetnika na čije se sposobnosti namjerava osloniti zabranjuje zamjena pomoćnog poduzetnika i stoga korektivno rješenje koje je predviđeno stavkom 3. te odredbe za sve ostale obvezujuće osnove za isključenje.

21 Ipak, sud koji je uputio zahtjev smatra da se člankom 63. Direktive 2014/24 ne predviđa nikakva razlika u sustavu i zahtijeva zamjena pomoćnog poduzetnika svaki put kad se na njega primjenjuju obvezujuće osnove za isključenje, koje god bile.

22 Osim toga, ponuditelj ne može kontrolirati vjerodostojnost i točnost izjava koje su dali poduzetnici na čije se sposobnosti namjerava osloniti. Stoga se on mora pouzdati u izjave ili dokumentaciju koje su ti poduzetnici podnijeli. Uostalom, GTE Del Debbio tvrdi da mu je u ovom slučaju bilo nemoguće imati saznanja o kaznenoj osudi vlasnika pomoćnog poduzetnika s obzirom na to da ona nije bila navedena na izvatku iz kaznene evidencije u koji uvid može izvršiti privatni subjekt koji nije zainteresirana osoba.

23 Naposljetku, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, eventualna nacionalna ograničenja u pogledu ostvarivanja ponuditeljeva prava da se osloni na sposobnosti drugih subjekata moraju se razmatrati strogo s obzirom na načela jednakog postupanja i nediskriminacije.

24 U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Protivi li se članku 63. Direktive [2014/24], u vezi s načelima slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, predviđenima u člancima 49. i 56. [UFEU-a], primjena talijanskog nacionalnog zakonodavstva u području oslanjanja na sposobnosti drugih subjekata i isključenja iz postupaka javne nabave iz članka 89. stavka 1. četvrte rečenice Zakonika o javnoj nabavi, […] prema kojem javni naručitelj mora uvijek u slučaju neistinitih izjava koje je dao pomoćni poduzetnik o postojanju pravomoćnih osuđujućih kaznenih presuda, kojima se eventualno može dokazati počinjenje teškog profesionalnog prekršaja, isključiti dotičnog gospodarskog subjekta iz javne nabave a da mu, s druge strane, ne naloži ili dopusti da navede drugog odgovarajućeg pomoćnog poduzetnika umjesto prvonavedenog, kako je to uostalom određeno u drugim situacijama u kojima subjekti na čije se sposobnosti gospodarski subjekt želi osloniti ne zadovoljavaju relevantni kriterij za odabir ili za koje postoji obvezujuća osnova za isključenje?”

25 Osim toga, sud koji je uputio zahtjev je na temelju članka 105. stavka 1. Poslovnika Suda zatražio primjenu ubrzanog postupka s obzirom na to da se u ovom predmetu postavlja načelno pitanje, da se taj predmet odnosi na obavljanje hitnih radova koji se odnose na bolničke zgrade koji se ne smiju ni odgoditi ni prekinuti i koji imaju veliku vrijednost te da je nacionalna odredba o kojoj je riječ u glavnom postupku predmet brojnih sporova.

26 Taj zahtjev za hitan prethodni postupak odbijen je odlukom predsjednika Suda od 7. srpnja 2020.

O prethodnom pitanju

27 Uvodno valja istaknuti da postavljeno pitanje upućuje na to da se nacionalnim propisom kojim se predviđa automatsko isključenje ponuditelja, kada subjekt na čije se sposobnosti namjerava osloniti da neistinite informacije, može povrijediti načelo nediskriminacije jer je zamjena takvog subjekta dopuštena kada potonji ne ispunjava relevantan kriterij za odabir ili u pogledu kojeg postoje obvezujuće osnove za isključenje.

28 Države članice raspolažu određenom diskrecijskom ovlašću prilikom određivanja uvjeta primjene fakultativnih osnova za isključenje predviđenih člankom 57. stavkom 4. Direktive 2014/24 (vidjeti u tom smislu presude od 10. srpnja 2014., Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, t. 36., od 28. ožujka 2019., Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, t. 45. i od 30. siječnja 2020., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, t. 34.). Naime, u skladu s člankom 57. stavcima 4. i 7. Direktive 2014/24, države članice imaju mogućnost ne primijeniti fakultativne osnove za isključenje koje su u njemu navedene ili ih uključiti u nacionalne propise sa stupnjem strogosti koji može biti različit u svakom pojedinom slučaju, ovisno o okolnostima pravnog poretka, gospodarskim ili socijalnim okolnostima koje prevladavaju na nacionalnoj razini.

29 U tim okolnostima upućeno pitanje valja preoblikovati i smatrati da njime sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 63. Direktive 2014/24, u vezi s člankom 57. stavkom 4. točkom (h) i člankom 57. stavkom 6. te direktive i s obzirom na načelo proporcionalnosti, tumačiti na način da mu se protivi nacionalni propis na temelju kojeg javni naručitelj mora automatski isključiti ponuditelja iz postupka javne nabave kada je pomoćni poduzetnik na čije se sposobnosti namjerava osloniti dao neistinitu izjavu u pogledu postojanja kaznenih osuda koje su postale pravomoćne a da se pritom u takvom slučaju tom ponuditelju ne može naložiti niti barem dopustiti da navedeni subjekt zamijeni, suprotno onomu što je predviđeno u ostalim slučajevima kada subjekti na čije se sposobnosti ponuditelj oslonio ne udovoljavaju relevantnim kriterijima za odabir ili u pogledu njih postoje obvezujuće osnove za isključenje.

30 U tom pogledu valja podsjetiti na to da se u članku 63. stavku 1. Direktive 2014/24 predviđa pravo gospodarskog subjekta da se, za određeni ugovor, osloni na sposobnosti drugih subjekata, bez obzira na to kakva je pravna narav veze između njih i njega, kako bi udovoljio kriterijima koji se odnose na ekonomsku i financijsku sposobnost navedenima u članku 58. stavku 3. te direktive i kriterijima koji se odnose na tehničku i profesionalnu sposobnost iz članka 58. stavka 4. navedene direktive (vidjeti u tom smislu presude od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, t. 29. i 33., od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, t. 33., 35., 39., 49. i 51. i od 2. lipnja 2016., Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, t. 25.).

31 Gospodarski subjekt koji se namjerava pozvati na to pravo mora, na temelju članka 59. stavka 1. drugog i trećeg podstavka Direktive 2014/24, u vezi s njezinom uvodnom izjavom 84. trećom rečenicom, javnom naručitelju prilikom podnošenja svojega zahtjeva za sudjelovanje ili svoje ponude proslijediti ESPD kojim taj subjekt tvrdi da se on sam i subjekti na čije se sposobnosti namjerava osloniti ne nalaze u nekoj od situacija iz članka 57. te direktive, koje dovode ili mogu dovesti do isključenja gospodarskog subjekta.

32 Stoga je na temelju članka 63. stavka 1. drugog podstavka Direktive 2014/24 na javnom naručitelju da provjeri, s jedne strane, udovoljavaju li, u skladu s njezinim člancima 59. do 61., subjekti na čije se sposobnosti gospodarski subjekt namjerava osloniti primjenjivim kriterijima za odabir i, s druge strane, postoje li osnove za isključenje iz članka 57. te direktive u pogledu samog tog gospodarskog subjekta i tih subjekata.

33 U skladu s člankom 63. stavkom 1. drugim podstavkom trećom rečenicom Direktive 2014/24, javni naručitelj može zahtijevati ili država članica kojoj pripada može zahtijevati od njega da zahtijeva da dotični gospodarski subjekt zamijeni subjekt na čije se sposobnosti namjera osloniti, ali u pogledu kojeg postoji neobvezujuća osnova za isključenje. Stoga iz teksta potonje rečenice jasno proizlazi da iako države članice mogu predvidjeti da je u takvom slučaju javni naručitelj dužan naložiti takvu zamjenu tom gospodarskom subjektu, one, naprotiv, ne mogu tom javnom naručitelju oduzeti mogućnost da zahtijeva takvu zamjenu na vlastitu inicijativu. Naime, države članice samo mogu tu mogućnost zamijeniti obvezom javnog naručitelja da izvrši takvu zamjenu.

34 Takvo tumačenje članka 63. stavka 1. drugog podstavka treće rečenice Direktive 2014/24 pridonosi, k tomu, osiguravanju poštovanja načela proporcionalnosti od strane javnih naručitelja u skladu s člankom 18. stavkom 1. te direktive. Naime, iz tog načela, koje je opće načelo prava Unije, proizlazi da pravila koja su države članice ili javni naručitelji utvrdili u okviru provedbe odredaba te direktive ne smiju prekoračivati ono što je nužno za postizanje ciljeva navedene direktive (vidjeti u tom smislu presude od 16. prosinca 2008., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, t. 48. i od 30. siječnja 2020., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, t. 45.).

35 Kao prvo, cilj članka 57. Direktive 2014/24, koji se također želi postići njezinim člankom 63., jest dopustiti javnom naručitelju da se uvjeri u vjerodostojnost i pouzdanost svakog od ponuditelja i, prema tome, nepostojanje gubitka povjerenja u gospodarski subjektom o kojem je riječ (vidjeti u tom smislu presude od 19. lipnja 2019., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, t. 29. i od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construc şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, t. 26.). U tom kontekstu, člankom 57. stavkom 6. Direktive 2014/24, u vezi s njezinom uvodnom izjavom 102., načelno se jamči pravo svakog gospodarskog subjekta koji se nalazi u nekoj od situacija iz stavaka 1. i 4. te odredbe da pruži dokaze da su mjere koje je poduzeo dovoljne kako bi se potvrdila njegova pouzdanost unatoč postojanju relevantne osnove za isključenje.

36 U tim okolnostima, čak i prije nego što se od ponuditelja zahtijeva zamjena subjekta na čije sposobnosti se namjerava osloniti jer se nalazi u jednoj od situacija iz članka 57. stavaka 1. i 4. Direktive 2014/24, članak 63. te direktive pretpostavlja da je javni naručitelj tom ponuditelju i/ili tom subjektu dao mogućnost predstavljanja korektivnih mjera, koje je eventualno donio kako bi ispravio

utvrđenu nepravilnost i, prema tome, da dokaže da se ponovno može smatrati pouzdanim subjektom (vidjeti u tom smislu presudu od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, t. 37.).

37 Dakle, samo podredno, i ako subjekt protiv kojeg se ističe osnova za isključenje iz članka 57. stavaka 1. i 4. Direktive 2014/24 nije poduzeo nikakve korektivne mjere ili ako je javni naručitelj smatrao da su mjere koje je donio nedostatne, potonji može ili, ako ga njegovo nacionalno pravo na to obvezuje, mora od ponuditelja zahtijevati da zamijeni navedeni subjekt.

38 U tom pogledu valja pojasniti da, u skladu s člankom 57. stavkom 6. četvrtim podstavkom Direktive 2014/24, gospodarski subjekt koji je pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupcima javne nabave ili dodjele koncesija doduše nije ovlašten, tijekom razdoblja isključenja utvrđenog navedenom presudom u državama članicama u kojima presuda proizvodi učinke, pozvati se na korektivne mjere koje je donio nakon te presude i stoga izbjeći isključenje ako se ti dokazi ocijene dovoljnima. Međutim, ako se konačnom presudom iz sudjelovanja u postupcima javne nabave ili dodjele koncesije isključuje subjekt na čije se sposobnosti ponuditelj namjerava osloniti, ponuditelj u tom slučaju mora biti ovlašten od strane javnog naručitelja zamijeniti taj subjekt.

39 Kao drugo, relevantnost tumačenja članka 63. stavka 1. drugog podstavka treće rečenice Direktive 2014/24 navedenog u točki 33. ove presude s obzirom na načelo proporcionalnosti također proizlazi iz uvodne izjave 101. stavka 3. te direktive, u skladu s kojom javni naručitelji prilikom primjene fakultativnih osnova za isključenje moraju posvetiti posebnu pozornost tom načelu. Međutim, ta pažnja mora biti još veća kada isključenje predviđeno nacionalnim propisom pogađa ponuditelja ne zbog povrede koja se može njemu pripisati, nego zbog povrede koju je počinio subjekt na čije se sposobnosti on namjerava osloniti i u odnosu na kojeg on ne raspolaže nikakvom nadzornom ovlašću (vidjeti u tom smislu presudu od 30. siječnja 2020., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, t. 48.).

40 Naime, načelom proporcionalnosti nameće se javnom naručitelju provođenje konkretne i individualizirane ocjene ponašanja predmetnog subjekta na temelju svih relevantnih elemenata (vidjeti po analogiji presude od 13. prosinca 2012., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, t. 31. i od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, t. 29.). U tom pogledu javni naručitelj mora uzeti u obzir sredstva koja je ponuditelj imao na raspolaganju kako bi provjerio je li subjekt na čije se sposobnosti namjerava osloniti povrijedio svoje obveze (vidjeti u tom smislu presudu od 30. siječnja 2020., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, t. 52.).

41 U ovom slučaju, ako sud koji je uputio zahtjev potvrdi tvrdnju GTE Del Debbija prema kojoj se kaznena presuda direktora pomoćnog poduzetnika na čije se sposobnosti namjeravao osloniti ne nalazi na izvatku iz kaznene evidencije u koji privatni subjekti mogu izvršiti uvid, tako da se talijanskim propisom GTE Del Debbiju nije omogućilo da ima saznanja o toj osudi, onda mu se ne može prigovoriti da je povrijedilo dužnu pažnju. Stoga bi u takvim okolnostima sprječavanje zamjene subjekta na kojeg se odnosi osnova za isključenje bilo protivno načelu proporcionalnosti iz članka 18. stavka 1. Direktive 2014/24.

42 Valja još pojasniti da javni naručitelj mora, kada je u skladu s nacionalnim pravom obvezan zahtijevati od ponuditelja da zamijeni subjekt na čije se sposobnosti namjerava osloniti, u skladu s načelima transparentnosti i jednakog postupanja navedenima u članku 18. stavku 1. Direktive 2014/24, osigurati da zamjena dotičnog subjekta ne dovede do bitne izmjene ponude tog ponuditelja.

43 Naime, obveza javnog naručitelja da poštuje načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima, čiji je cilj promicati razvoj zdravog i učinkovitog tržišnog natjecanja među poduzetnicima koji sudjeluju u postupku javne nabave i koja proizlazi iz same biti pravila Unije o provedbi postupaka javne nabave, podrazumijeva, među ostalim, da ponuditelji moraju biti ravnopravni kako u trenutku kada pripremaju svoje ponude tako i u trenutku kada ih ocjenjuje navedeni javni naručitelj. Načelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti u suprotnosti su sa svakim pregovaranjem između javnog naručitelja i

ponuditelja u okviru postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi, što podrazumijeva da načelno ponuda ne može biti modificirana nakon njezina podnošenja, bilo na inicijativu javnog naručitelja ili ponuditelja (vidjeti u tom smislu presudu od 11. svibnja 2017., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, t. 25. i 27. i navedenu sudsku praksu).

44 Iz toga slijedi da, poput zahtjeva za pojašnjenje ponude, zahtjev javnog naručitelja kojim se zahtijeva zamjena subjekta na čiju se sposobnost ponuditelj namjerava osloniti ne smije dovesti do toga da potonji podnese ono što bi u stvarnosti bila nova ponuda, jer bi se time bitno izmijenila prvotna ponuda (vidjeti u tom smislu presude od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr., C-599/10, EU:C:2012:191, t. 40.; od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, t. 64. i od 11. svibnja 2017., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, t. 31. i 37.).

45 S obzirom na prethodna razmatranja, na postavljeno pitanje valja odgovoriti tako da članak 63. Direktive 2014/24, u vezi s člankom 57. stavkom 4. točkom (h) te direktive i s obzirom na načelo proporcionalnosti, treba tumačiti na način da mu se protivi nacionalni propis na temelju kojeg javni naručitelj mora automatski iz postupka javne nabave isključiti ponuditelja ako je pomoćni poduzetnik na čije se sposobnosti namjerava osloniti dao neistinitu izjavu u pogledu postojanja kaznenih osuda koje su postale pravomoćne a da se pritom tom ponuditelju ne može naložiti niti barem dopustiti u takvom slučaju da navedeni subjekt zamijeni.

Troškovi

46 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (deveto vijeće) odlučuje:

S obzirom na prethodna razmatranja, na postavljeno pitanje valja odgovoriti tako da članak 63. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, u vezi s člankom 57. stavkom 4. točkom (h) te direktive i s obzirom na načelo proporcionalnosti, treba tumačiti na način da mu se protivi nacionalni propis na temelju kojeg javni naručitelj mora automatski iz postupka javne nabave isključiti ponuditelja ako je pomoćni poduzetnik na čije se sposobnosti namjerava osloniti dao neistinitu izjavu u pogledu postojanja kaznenih osuda koje su postale pravomoćne a da se pritom tom ponuditelju ne može naložiti niti barem dopustiti u takvom slučaju da navedeni subjekt zamijeni.

Potpisi