Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 28. svibnja 2020.[1]

Predmet C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
protiv
Ministrstvo za notranje zadeve,
uz sudjelovanje
LEXPERA d.o.o.

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, Slovenija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava usluga – Direktiva 2014/24/EU – Članak 2. stavak 1. točka 5. – Kvalifikacija ‚ugovora o javnoj nabavi' – Pojam ‚naplatni ugovor' – Ponuda ponuditelja u iznosu od nula eura – Ocjena naplatnosti transakcije – Nepostojanje novčane protučinidbe javnog naručitelja – Odbijanje ponude – Pravna osnova – Članak 69. – Izuzetno niska ponuda"

I. Uvod

1. Je li nula izuzetno nizak (broj)?

2. Ako zanemarimo strastvene rasprave koje je priroda broja nula mogla izazvati u području matematike[2], vjerojatno bi laik, da mu je takvo pitanje postavljeno iz pravnog gledišta, pravnicima uputio začuđene poglede na koje su potonji često naviknuti kada pokušavaju objasniti svoju profesiju. Laik će možda tada sarkastično primijetiti da su samo pravnici sposobni na brojnim stranicama naširoko razglabati (doslovno) ni o čemu.

3. Ipak, u području javne nabave, kao i u matematici, čini se da je nula neobičan broj koji je teško smjestiti u postojeće analitičke okvire. Predlaže li ponuditelj koji nudi svoju robu ili usluge po nominalnoj cijeni od nula eura izuzetno nisku ponudu? Ili se taj ponuditelj automatski isključuje iz područja prava javne nabave time što je u svojoj ponudio naveo čarobni iznos „0", a ne neki drugi nominalni iznos koji je značajno niži od stvarnih troškova nabave (kao što je, npr., 1,5 ili 101 euro), zato što se, za razliku od svih drugih prirodnih brojeva, „0" ne može nalaziti u ugovoru o javnoj nabavi?

4. To je, ukratko, problem koji se pojavljuje u ovom predmetu. U okviru postupka javne nabave usluga koji je pokrenulo Ministrstvo za notranje zadeve (Ministarstvo unutarnjih poslova, Slovenija), Tax-Fin-Lex d.o.o. podnio je ponudu u iznosu od nula eura za pružanje jedne od navedenih usluga. Ministarstvo unutarnjih poslova odbilo je tu ponudu zato što mu ta ponuda ne omogućuje sklapanje

1 Izvorni jezik: francuski

2 Za razumljiv uvod (siromašan izračunima, a bogat kulturnom poviješću), vidjeti, na primjer, Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

„naplatnog ugovora” u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24/EU[3] ni obuhvaćenost, slijedom toga, pravilima o javnoj nabavi. Suprotno tomu, Tax-Fin-Lex d.o.o. ističe da bi transakcija kojom bi se obvezao na pružanje usluge u iznosu od nula eura bila izvršena „naplatno” u smislu te odredbe. Naime, prema njegovu mišljenju, izvršavanje ugovora o javnoj nabavi omogućilo bi mu ostvarivanje gospodarske prednosti zbog referenci na koje bi se mogao pozvati nakon toga kako bi mu se dodijelili novi ugovori o javnoj nabavi.

II. Pravni okvir

5. Direktiva 2014/24 utvrđuje pravila koja omogućuju usklađivanje nacionalnih postupaka javne nabave koji prelaze određeni iznos kako bi bili u skladu s načelima slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, kao i s načelima koja iz toga proizlaze, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti. Njezin cilj je i osigurati stvarno tržišno natjecanje u okviru postupaka javne nabave.

6. Konkretno, uvodne izjave 4. i 103. Direktive 2014/24 glase:

„(4) Rastuća raznolikost oblika javnog djelovanja zahtijeva jasnije određivanje pojma same nabave; to pojašnjenje samo po sebi međutim ne bi trebalo proširiti područje primjene ove Direktive u usporedbi s područjem primjene Direktive 2004/18/EZ[4]. Pravila Unije o javnoj nabavi ne obuhvaćaju sve oblike trošenja javnih sredstava, već samo one koji su namijenjeni za stjecanje radova, robe ili usluga koji se uzimaju u obzir u okviru [ugovora o javnoj nabavi]. Trebalo bi razjasniti da bi takva stjecanja radova, robe ili usluga trebali biti podložni ovoj Direktivi, neovisno o tome provode li se kupnjom, putem leasinga ili drugih ugovornih oblika.

Pojam stjecanja trebao bi se tumačiti u širem okviru u smislu postizanja koristi iz dotičnih radova, robe ili usluga […]

[…]

(103) Ponude koje su izuzetno jeftine s obzirom na radove, robu ili usluge mogle bi biti utemeljene na tehnički, ekonomski ili pravno nevjerodostojnim pretpostavkama ili praksama. Ako ponuditelj ne može pružiti zadovoljavajuće objašnjenje, javni naručitelj trebao bi biti ovlašten odbiti ponudu. Odbijanje ponude trebalo bi biti obvezujuće u slučajevima u kojima je javni naručitelj ustanovio da izuzetno niska ponuđena cijena ili troškovi proizlaze iz nesukladnosti s obvezujućim pravom Unije ili nacionalnim pravom koje je usklađeno s njime u području socijalnog prava, radnog prava ili prava okoliša ili s odredbama međunarodnog radnog prava.”

7. U okviru Glave I. Direktive 2014/24, naslovljene „Područje primjene, definicije i opća načela” članak 1. stavci 1. i 2., određuje:

„1. Ovom se Direktivom utvrđuju pravila o postupcima nabave koju provode javni naručitelji vezana uz ugovore o javnoj nabavi te projektne natječaje čija procijenjena vrijednost nije manja od pragova utvrđenih u članku 4.

3 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.), kako je izmijenjena Delegiranom uredbom Komisije (EU) 2017/2365 od 18. prosinca 2017. (SL 2017., L 337, str. 19.) (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/24)

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

2. Nabava u smislu ove Direktive podrazumijeva stjecanje putem ugovora o javnoj nabavi radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više javnih naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti javni naručitelji odabrali, bez obzira na to jesu ili radovi, roba ili usluge namijenjene javnoj svrsi."

8. Članak 2. stavak 1. točka 5. Direktive 2014/24 definira „ugovore o javnoj nabavi" kao „ugovore kojima se ostvaruje financijski interes, sklopljene u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja, a čiji je predmet izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga".

9. Članak 18. te direktive određuje „[n]ačela nabave". Pobliže određuje sljedeće:

„1. 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.

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

10. Članak 69. Direktive 2014/24 posvećen je pak „ [i]zuzetno niskim ponudama". Uvršten je u glavu II., poglavlje III., odjeljak 3. te direktive, koji je naslovljen „Izbor sudionika i dodjela ugovora". Taj članak određuje:

„1. Javni naručitelji zahtijevaju od gospodarskih subjekata da objasne cijenu ili trošak predložen u ponudi ako se čini da su ponude izuzetno niske s obzirom na radove, robu ili usluge.

2. Objašnjenja iz stavka 1. mogu se pogotovo odnositi na:

(a) ekonomičnost proizvodnog procesa, pružanja usluga ili u načinu gradnje;

(b) izabrana tehnička rješenja ili bilo koje iznimno povoljne uvjete dostupne ponuditelju za isporuku proizvoda ili usluga ili za izvođenje radova;

(c) izvornost radova, robe ili usluga koje nudi ponuditelj;

(d) usklađenost s obvezama iz članka 18. stavka 2.;

(e) usklađenost s obvezama iz članka 71.;

(f) mogućnost da ponuditelj dobije državnu potporu.

3. Javni naručitelj procjenjuje dostavljene podatke kroz savjetovanje s ponuditeljem. On može odbiti ponudu samo ako dostavljeni dokazi zadovoljavajuće ne objašnjavaju nisku predloženu razinu cijene ili troškova, uzimajući u obzir elemente iz stavka 2.

Javni naručitelji su dužni odbiti ponudu ako utvrde da je ponuda izuzetno niska jer ne udovoljava primjenjivim obvezama iz članka 18. stavka 2.

[…]"

III. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

11. Ministarstvo unutarnjih poslova (javni naručitelj) pokrenulo je 7. lipnja 2018. postupak javne nabave usluga za pristup pravno-informacijskom sustavu za razdoblje od 24 mjeseca. Ta javna nabava sastoji se od dviju grupa. Ministarstvo unutarnjih poslova procijenilo je vrijednost te javne nabave na 39 959,01 eura.

12. Kad je riječ o prvoj grupi, koja se odnosi na pristup pravno-informacijskom sustavu, samo su dva gospodarska subjekta sa sjedištem u Ljubljani (Slovenija) i specijalizirana u području pravno-informacijskog sustava podnijela ponudu u određenim rokovima: Tax-Fin-Lex d.o.o. (žalitelj) i LEXPERA d.o.o. (intervenijent).

13. Žalitelj je ponudio pružanje usluge u iznosu od nula eura.

14. Odlukom od 11. siječnja 2019., Ministarstvo unutarnjih poslova dodijelilo je ugovor o javnoj nabavi za prvu grupu intervenijentu te je odbilo žaliteljevu ponudu zbog toga što je bila protivna pravilima o javnoj nabavi.

15. Protiv te odluke žalitelj je podnio žalbu. U okviru postupka koji je prethodio žalbi, Ministarstvo unutarnjih poslova odbilo je taj zahtjev 5. veljače 2019. Dana 11. veljače 2019. pokrenuo je postupak pred Državnom revizijskom komisijom za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, Slovenija), sudom koji je uputio zahtjev u ovom predmetu, kako bi odlučio o zakonitosti te odluke.

16. Žalitelj tvrdi da je takva ponuda, kao što je ona predmetna, dopuštena. Ističe da, u okviru postupka javne nabave, ponuditelj ima pravo slobodno odrediti predloženu cijenu i, slijedom toga, ponuditi besplatno pružanje usluga. To ne znači da je žalitelj oslobođen protučinidbe za izvršenje predmetnog ugovora o javnoj nabavi. Naime, smatra da bi mu sklapanje ugovora donijelo prednost koja se sastoji u pristupu novom tržištu i novim korisnicima.

17. Ministarstvo unutarnjih poslova, suprotno tomu, tvrdi da pojam „ugovor o javnoj nabavi" iz članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 ne može obuhvatiti ugovor kojim je gospodarski subjekt ponudio besplatno pružanje usluga javnom naručitelju. Smatra da prednost koja proizlazi za gospodarskog subjekta kojem je dodijeljen ugovor, odnosno mogući pristup novom tržištu i referencama, ne predstavlja protučinidbu za izvršenje ugovora o javnoj nabavi. Naime, smatra da takva prednost predstavlja dodanu vrijednost za sve gospodarske subjekte, koju pak nije moguće izraziti novčanom vrijednošću ni, stoga, izdati račun javnom naručitelju. Slijedom toga, Ministarstvo unutarnjih poslova smatra da na temelju transakcije u kojoj se usluga pruža besplatno nije moguće sklopiti naplatni ugovor.

18. U svojem zahtjevu za prethodnu odluku sud koji ga je uputio navodi da je Ministarstvo unutarnjih poslova ispitalo tu ponudu u pogledu izuzetno niskih ponuda. Ipak, nije odbilo tu ponudu zbog toga što je bila izuzetno niska ili protivna načelima kojima se uređuje postupak javne nabave, nego samo zato što je njezin iznos bio nula.

19. Sud koji je uputio zahtjev dvoji kada je riječ o tumačenju pojma „naplatni ugovor" navedenog u okviru definicije „ugovora o javnoj nabavi" u članku 2. stavku 1. točki 5. Direktive 2014/24. Najprije navodi da je jedno od bitnih obilježja pojma „ugovora o javnoj nabavi" iz te odredbe naplatnost ugovora sklopljenog između javnog naručitelja i gospodarskog subjekta. Pojašnjava, u tom pogledu, da je pojam „ugovor o javnoj nabavi" relevantan, ne samo prije sklapanja ugovora, jer nameće javnom naručitelju poštovanje odredaba definiranih u okviru Direktive 2014/24., nego i nakon njegova sklapanja radi ocjene je li ugovor sklopljen uz poštovanje navedenih pravila.

20. Sud koji je uputio zahtjev zatim se pita može li i, ako da, u kojoj mjeri, ugovor kojim se gospodarski subjekt obvezuje besplatno pružiti javnom naručitelju uslugu navedenu u obavijesti o nadmetanju bez druge prednosti osim pristupa novom tržištu i dobivanja referenci biti kvalificiran kao „naplatni ugovor" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24. Taj sud priznaje da dobivanje ugovora o javnoj nabavi i dodjela referenci mogu predstavljati, sami po sebi, prednost za tog subjekta. Tu prednost nije moguće gospodarski odrediti u trenutku dodjele ugovora o javnoj nabavi; međutim, može predstavljati buduću prednost vezanu za izvršenje ugovora.

21. Međutim, sud koji je uputio zahtjev priznaje i da bi, u situaciji u kojoj javni naručitelj ne daje naknadu gospodarskom subjektu za pružanje usluga, bilo moguće da sklopljeni ugovor ne bude ugovor o izvršenju javne nabave jer je riječ o besplatnom ugovoru, u obliku, npr. ugovora o darovanju. Naposljetku, pita se, u tim okolnostima, može li članak 2. stavak 1. točka 5. Direktive 2014/24 biti pravna osnova odluke o odbijanju ponude koju je podnio gospodarski subjekt.

22. U tim je okolnostima Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave) odlučila prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Postoji li ‚naplatnost ugovornog odnosa', kao element ugovora o javnoj nabavi u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24, ako javni naručitelj nije dužan pružiti ikakvu protučinidbu, ali gospodarski subjekt izvršenjem ugovora stječe pristup novom tržištu i reference?

2. Može li se članak 2. stavak 1. točka 5. Direktive 2014/24 tumačiti na način da predstavlja osnovu za odbijanje ponude s cijenom od nula eura?"

23. Pisana očitovanja podnijeli su žalitelj, Ministarstvo unutarnjih poslova, austrijska vlada i Europska komisija.

IV. Analiza

24. Ovo mišljenje oblikovano je na sljedeći način. Započet ću s dopuštenošću ovog zahtjeva (A). Zatim, ispitat ću doseg pojma „[naplatni] ugovor" iz članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 i, nadasve, povezani pojam „protučinidba" (B). Zatim, pozabavit ću se pitanjem može li se ponuda u iznosu od nula eura uvijek kvalificirati kao „izuzetno niska ponuda" kako bi je se razmotrilo i, ako je tako, odbilo u smislu odredaba predviđenih člankom 69. te direktive (C).

A. Dopuštenost

25. Smatram da dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku ne predstavlja nikakvu teškoću.

26. Kada je riječ o, kao prvo, nadležnosti Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave) za podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku, podsjećam da je Sud presudio, u presudi od 8. lipnja 2017., Medisanus [5], da ona ispunjava kriterije na temelju kojih je se može smatrati „sudom države članice" u smislu članka 267. UFEU-a [6].

27. Kad je riječ o, kao drugo, iznosu javne nabave o kojoj je riječ u glavnom postupku, točno je da je niži od praga od 144 000 eura, predviđenog u članku 4. točki (b) Direktive 2014/24, koji se primjenjuje za ugovore o javnoj nabavi usluga koje su dodijelila tijela središnje državne uprave.

5 C-296/15, EU:C:2017:431

6 Vidjeti točku 38. te presude.

28. Međutim, sud koji je uputio zahtjev navodi da je, kada je prenosio odredbe te direktive u nacionalno pravo, slovenski zakonodavac odlučio da se pojam „ugovora o javnoj nabavi" iz članka 2. stavka 1. točke 1. Zakona o javnem naročanju (Zakon o javnoj nabavi)[7], od 30. svibnja 2015., izravno i bezuvjetno primjenjuje na ugovore o javnoj nabavi čija je vrijednost niža od praga definiranog člankom 4. Direktive 2014/24, što načelno isključuje potonje iz područja primjene.

29. Sukladno ustaljenoj sudskoj praksi Suda, odnosno presude Dzodzi, tumačenje odredaba akta Unije u situacijama koje nisu obuhvaćene njegovim područjem primjene opravdano je kako bi se osiguralo istovjetno postupanje u situacijama obuhvaćenima nacionalnim pravom i onima uređenima pravom Unije, kad su te odredbe u skladu s nacionalnim pravom izravno i bezuvjetno primjenjive na takve situacije[8].

30. U ovom slučaju, podaci koje je dostavio sud koji je podnio zahtjev, koje nije osporavala niti jedna od stranaka koje su podnijele očitovanje, potvrđuju da je nacionalni zakonodavac odlučio proširiti područje primjene propisa Unije na područje ugovora o javnoj nabavi niske vrijednosti kako bi se osiguralo upravo to da se na situacije obuhvaćene nacionalnim pravom i one obuhvaćene pravom Unije primjenjuju ista pravila. Također, osnovna logika presude Dzodzi u potpunosti je primjenjiva u ovom predmetu.

31. U tim okolnostima, Sud može odgovoriti na postavljena mu prethodna pitanja.

B. „Naplatni" ugovor?

32. Sud koji je uputio zahtjev u biti traži od Suda da pojasni materijalno područje primjene Direktive 2014/24. Sud mora odlučiti može li i, ako da, u kojoj mjeri, transakcija kojom se ponuditelj obvezuje pružiti uslugu za iznos od nula eura, dovesti do sklapanja „naplatnog ugovora" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. te direktive, kao i biti kvalificirana kao „javna nabava usluga". U tom pogledu, valja podsjetiti na to da, u skladu sa sudskom praksom koju je utvrdio Sud, „samo naplatni ugovor može biti ugovor o javnoj nabavi koji je obuhvaćen Direktivom 2004/18"[9].

33. Da bi se odgovorilo na prvo pitanje, valja utvrditi može li pojam „naplatni ugovor", s obzirom na doslovno, sistemsko i teleološko tumačenje, obuhvatiti transakciju kojom ponuditelj oblikuje ponudu u iznosu od nula eura. Također valja ispitati dopušta li sudska praksa Suda, kojom su pojašnjene bitne značajke tog ugovora, u tom pogledu, razjasniti raspravu.

1. „Naplatni ugovor" u smislu odredaba Direktive 2014/24

34. Na temelju doslovnog sadržaja članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 ne proizlazi jasno tumačenje pojma „naplatni ugovor". Njegov tekst, štoviše, naglašava višestrukost mogućih tumačenja i značenja „naplatnosti".

7 *Uradni list RS*, br. 91/15.

8 Vidjeti presude od 18. listopada 1990., Dzodzi (C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360; u daljnjem tekstu: presuda Dzodzi, t. 36. do 42.), kao i, noviju, od 14. veljače 2019., CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, neobjavljena, EU:C:2019:116, t. 22. i navedena sudska praksa), i od 24. listopada 2019., Belgische Staat (C-469/18 i C-470/18, EU:C:2019:895, t. 22. i 23. i navedena sudska praksa).

9 Vidjeti presude od 25. ožujka 2010., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, t. 47.), i od 21. prosinca 2016., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, t. 43.). Podsjećam da je Direktiva 2014/24 stavila izvan snage Direktivu 2004/18.

35. S jedne strane, neke jezične verzije upućuju na uvjet naplatnosti [10]. Razlog tomu je jednostavno taj da se nešto treba dati u zamjenu. S druge strane, druge jezične verzije čine se više ograničavajuće: čini se da to nešto što bi javni naručitelj morao dati u zamjenu ima specifično novčanu narav [11], odnosno u novcu. Čini se da druge verzije zauzimaju srednji put [12].

36. Međutim, ovdje ne bi valjalo dati previše važnosti tekstu Direktive 2014/24 s obzirom na to da određene jezične verzije te direktive koriste različite pojmove za prevođenje pojma „naplatni ugovor" ovisno o tome nalazi li se on u u uvodnim izjavama 4. i 70. ili u njezinu članku 2. stavku 1. točki 5..

37. Nažalost, *argumenti u vezi s unutarnjom sistematikom* (u pogledu Direktive 2014/24) nisu od velike pomoći. U članku 1. stavku 2. te direktive, zakonodavac Unije pojasnio je da „nabava […] podrazumijeva *stjecanje* putem ugovora o javnoj nabavi […] usluga koje nabavlja jedan ili više javnih naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti javni naručitelji odabrali, bez obzira na to jesu li […] usluge namijenjene javnoj svrsi" [13].

38. Ta se odredba mora tumačiti s obzirom na uvodnu izjavu 4. Direktive 2014/24, u kojoj je zakonodavac Unije naveo da „[p]ravila Unije o javnoj nabavi ne obuhvaćaju sve oblike trošenja javnih sredstava, već samo one koji su namijenjeni za *stjecanje* […] usluga koji se uzimaju u obzir u okviru javnog ugovora" [14]. Taj je zakonodavac, osim toga, dodao da bi „takva stjecanja […] usluga trebala biti podložna [toj d]irektivi, neovisno o tome provode li se kupnjom, putem leasinga ili drugih ugovornih oblika". Ključno je ovdje naglasiti da bi se pojam „stjecanje" morao, prema mišljenju zakonodavca Unije „tumačiti u širem okviru u smislu postizanja koristi iz dotičnih […] usluga".

39. Iako bi glavni *cilj* prava javne nabave morao biti uređenje stjecanja robe ili usluga od strane državnih tijela, struktura i cilj direktive 2014/24 ne dopuštaju dakle stvarno određivanje značajki uvjeta naplatnosti na koji se odnosi članak 2. stavak 1. točka 5. te direktive. Pojam „stjecanje" dovoljno je širok da bi bio neodrediv kao da je riječ o uvjetima tog stjecanja, pri čemu je ključno da javni naručitelj u konačnici stekne robu ili usluge. Međutim, roba i usluge mogu se zakonito steći na različite načine.

40. Stoga, puko doslovno i sistemsko tumačenje nije dovoljno da bi se razumjelo značenje „naplatnog ugovora" i posebno ključnog pojma „protučinidba", koji se krije iza samog koncepta ugovora: koja je konkretno priroda protučinidbe koju treba pružiti javni naručitelj kako bi se ugovor o javnoj nabavi morao smatrati valjanim?

10 Među ostalim, španjolska verzija („*oneroso*"), francuska („*à titre onéreux*"), talijanska („*a titolo oneroso*"), portugalska („*a título oneroso*") i rumunjska („*cu titlu oneros*").

11 Među ostalim, verzije na engleskom („*for pecuniary interest*") i hrvatskom jeziku („financijski interes").

12 Kao verzije na češkom i slovačkom jeziku (gdje pojam „*úplatné smlouvy*" i pojmovi „*odplatné zmluvy*" prije svega znače plaćanje kao protučinidbu, ali se može tumačiti da uključuju nenovčane protučinidbe) ili još verzija na švedskom jeziku koja koristi izraz „*kontrakt med ekonomiska villkor*", čime upućuje na novčanu vrijednost ugovora.

13 Moje isticanje

14 Moje isticanje

2. Pravno tumačenje pojma „naplatni ugovor”

41. Sud je presudio da, u skladu s uobičajenim pravnim značenjem pojma „naplatni ugovor”, koje se koristi u svrhe definicije ugovora o javnoj nabavi, ti pojmovi označavaju ugovor kojim se svaka ugovorna strana obvezuje izvršiti protučinidbu ili dati naknadu u zamjenu za ono što dobiva od druge strane [15]. Postojanje „protučinidbe” ili „naknade u zamjenu za ono što dobiva od druge strane”, javnog naručitelja i, stoga, dvostranoobvezujućeg odnosa su za Sud odlučujući elementi za ocjenu postojanja ugovora sklopljenog kao naplatnog [16].

42. Ta sudska praksa slijedi smjer koji je Sud zastupao u drugim područjima prava, osobito u području transakcije oporezive porezom na dodanu vrijednost (PDV). Stoga je, u presudi od 18. siječnja 2017., SAWP [17], Sud podsjetio na to da se usluge obavljaju uz naknadu u smislu Direktive 2006/112/EZ [18] jedino ako između pružatelja i korisnika usluga postoji pravni odnos tijekom kojega se razmjenjuju uzajamne činidbe, pri čemu protučinidba koju dobiva pružatelj čini stvarnu protuvrijednost usluge pružene korisniku [19]. Sud je presudio da „je o takvom slučaju riječ ako postoji izravna veza između obavljene usluge i primljene protuvrijednosti, pri čemu isplaćeni iznosi čine stvarnu protučinidbu za odredivu uslugu pruženu u okviru takvog pravnog odnosa” [20].

43. Ipak, treba priznati da, kada je riječ o protučinidbi koja se traži da bi bio ispunjen uvjet naplatnosti, supostoje dva smjera sudske prakse. Ta dva smjera odražavaju, u određenoj mjeri, razlike u tumačenju članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 [21].

44. Prvi smjer daje prednost strogom tumačenju kriterija naplatnosti, koje zahtijeva da javni naručitelj plati naknadu ili cijenu u novcu.

45. Stoga, u presudi od 13. srpnja 2017., Malpensa Logistica Europa [22], Sud je odbio kvalifikaciju „ugovora o uslugama” u smislu članka 1. stavka 1. točke (a) Direktive 2004/17 i primjenu pravila koja se odnose na ugovor kojim društvu koje upravlja zračnom lukom Milano Malpensa (Italija) pružatelj nije pružio uslugu za naknadu [23]. U toj presudi, Sud se izričito pozvao na pristup koji je branila Komisija, prema kojemu naplatnost ugovornog odnosa koja proizlazi iz ugovora o uslugama jasno znači da potonji mora sadržavati naknadu koju javni naručitelj izravno isplaćuje kako bi „dobio” uslugu od pružatelja.

15 Vidjeti, osobito, presude od 18. siječnja 2007., Auroux i dr. (C-220/05, EU:C:2007:31, t. 45.), i od 18. listopada 2018., IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, t. 28.).

16 Vidjeti, u tom smislu, presudu od 21. prosinca 2016., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, t. 43. i navedena sudska praksa), u pogledu tumačenja pojma „javni ugovor” iz članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive 2004/18.

17 C-37/16, EU:C:2017:22

18 Direktiva Vijeća 2006/112/EZ od 28. studenoga 2006. o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost (SL 2006., L 347, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 120.)

19 Vidjeti presudu od 18. siječnja 2017., SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, t. 25. i navedena sudska praksa).

20 Presuda od 18. siječnja 2017., SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, t. 26. i navedena sudska praksa)

21 Vidjeti točku 35. ovoga mišljenja.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Ta presuda odnosi se na tumačenje članka 1. stavka 1. točke (a) Direktive 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga (SL 2004., L 134, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 43.). Na temelju tog članka, „ugovori o nabavi robe, ugovori o radovima i ugovori o uslugama” su „naplatni ugovori sklopljeni u pisanom obliku”.

23 Vidjeti točku 29. te presude.

46. Suprotno tomu, drugi smjer sudske prakse brani šire tumačenje uvjeta naplatnosti u smislu „protučinidbe” [24] ili „protuusluge” [25]. Riječ je o prevladavajućem stajalištu, koje dijeli i Komisija u svojoj Zelenoj knjizi o javno-privatnim partnerstvima i pravu Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama od 30. travnja 2014. [26].

47. U skladu s tim smjerom sudske prakse, pojam „naplatnost” ne podrazumijeva nužno plaćanje novčanog iznosa od strane javnog naručitelja. Sud stoga smatra da mogu biti sklopljeni naplatno i biti obuhvaćeni kvalifikacijom „ugovora o javnoj nabavi” ugovori u kojima je davanje izvršeno u drugim oblicima protučinidbi, kao što je naknada tekućih troškova nastalih zbog pružanja usluge ili oslobođenje od plaćanja troškova. To je također tako i kada isplaćena protučinidba ne omogućuje naknadu troškova koje je snosio ponuditelj [27].

48. Dvije presude su, u tom pogledu, osobito ilustrativne.

49. Stoga, u presudi od 12. srpnja 2001., Ordine degli Architetti i dr. [28], Sud je presudio da elemente od kojih se sastoji definicija pojma „ugovori o javnim radovima” u smislu Direktive 93/37/EEZ [29] treba ocijeniti tako da se osigura koristan učinak tog teksta i, osobito, promiče stvarno tržišno natjecanje objavom obavijesti o nadmetanju [30]. Tako je gospodarski subjekt, nositelj građevinske dozvole, u situaciji u kojoj izvodi radove uz zamjenu za *izuzeće od doprinosa za troškove opreme koje mu* nameće nacionalno zakonodavstvo, priznao naplatnost ugovora i kvalificirao ga kao „ugovor o javnim radovima”. U ovom slučaju, Sud je presudio da se element koji se odnosi na naplatnost ugovora mora smatrati ispunjenim ako je gospodarski subjekt izvođenjem predmetnih radova otplatio dug u istoj vrijednosti, koji je postojao u korist općine [31].

50. U presudi od 18. listopada 2018., IBA Molecular Italy [32], Sud je presudio da je „ugovor kojim se predviđaju uzajamne činidbe obuhvaćen pojmom ugovora o javnoj nabavi čak i kada je predviđena naknada ograničena *na djelomičnu naknadu troškova nastalih zbog pružanja ugovorene usluge*” [33]. U toj presudi, Sud je naglasio da je ugovor – kojim se gospodarski subjekt obvezuje proizvoditi i isporučivati proizvod raznim tijelima javne vlasti u zamjenu za financiranje u potpunosti namijenjeno ostvarivanju tog cilja – obuhvaćen pojmom „naplatni” ugovor u smislu članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive 2004/18, i to „*unatoč tomu što troškovi proizvodnje i distribucije navedenog proizvoda nisu u cijelosti pokriveni* tom istom subvencijom ili troškovima dostave koji se mogu naplatiti navedenim tijelima javne vlasti” [34].

24 Vidjeti, u tom smislu, presude od 25. ožujka 2010., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, t. 47. do 52.) i od 21. prosinca 2016., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, t. 43.).

25 Presuda od 12. srpnja 2001., Ordine degli Architetti i dr. (C-399/98, EU:C:2001:401, t. 77. do 86.)

26 COM(2004) 327 *final*. U točki 10. te zelene knjige, Komisija navodi da „naplatnost predmetnog ugovora ne podrazumijeva obvezno izravno plaćanje cijene javnog partnera nego može proizlaziti iz bilo kojeg drugog oblika gospodarske usluge koji je primio privatni partner”.

27 Vidjeti razmatranja koja je Sud iznio u presudi od 25. ožujka 2010., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), u skladu s kojima ugovor o prodaji zemljišta može biti ugovor o javnoj nabavi radova, iako osim prijenosa tog zemljišta, javni naručitelj ne pruža nikakvu protučinidbu suugovaratelju.

28 C-399/98, EU:C:2001:401

29 Direktiva Vijeća od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima (SL 1993., L 199, str. 54.)

30 Točka 52. te presude

31 Valja primijetiti da Sud nije slijedio pristup koji je zastupao nezavisni odvjetnik Léger u svojem mišljenju u predmetu Ordine degli Architetti i dr. (C-399/98, EU:C:2000:671), s obzirom na to da je on smatrao da kriterij naplatnosti nije bio zadovoljen.

32 C-606/17, EU:C:2018:843

33 Točka 29. presude i navedena sudska praksa. Moje isticanje. Vidjeti, također, presude od 19. prosinca 2012., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. (C-159/11, EU:C:2012:817, t. 29.); od 13. lipnja 2013., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, t. 31.), i od 11. prosinca 2014., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i dr. (C-113/13, EU:C:2014:2440, t. 37.).

34 Točka 31. te presude. Moje isticanje

51. Valja primijetiti da je isti pristup branio nezavisni odvjetnik Campos Sánchez-Bordona u svojem mišljenju u predmetu Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. Naime, u tome je predmetu među ostalim, postavljeno pitanje je li dogovoreni prijenos softvera između dvaju javnih naručitelja naplatan u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24, čak i ako preuzimatelj softvera ne mora platiti cijenu ni nadoknaditi troškove, ali je načelno dužan drugom partneru besplatno staviti na raspolaganje daljnji razvoj tog softvera.

52. U tom mišljenju, nezavisni je odvjetnik smatrao da je uvjet naplatnosti ispunjen. S jedne strane, istaknuo je da protučinidba, odnosno buduće prilagodbe i nadogradnje tog softvera, ima ekonomsku vrijednost. S druge strane, smatrao je da ta protučinidba predstavlja provedivu obvezu jer je neophodna za pružanje te javne usluge koju imaju navedena tijela [36].

3. Pojam „protučinidba" kao širok pojam i njegove granice

53. Ono što razumijem kao predvladavajući smjer u sudskoj praksi (koji u potpunosti podržavam) može se sažeti ovako.

54. Kao prvo, priroda protučinidbe, svojstvena uvjetu naplatnosti, koju daje javni naručitelj, može se izraziti u oblicima različitima od cijene plaćene novcem. Stoga prijenos nekog novčanog iznosa nije nužno potreban. Moguće su i druge vrste plaćanja, uključujući nenovčane.

55. Kao drugo, protučinidba mora predstavljati određenu ekonomsku vrijednost a da pritom ne mora točno odgovarati vrijednosti isporučene robe ili pruženih usluga. Stoga, javni naručitelj i ponuditelj mogu se dogovoriti o mogućnosti izvršavanja plaćanja u različitim oblicima, pod uvjetom da ti oblici imaju jasnu ekonomsku vrijednost.

56. Kao treće, priroda i sadržaj protučinidbe koju mora ispuniti javni naručitelj moraju proizlaziti iz ugovora kao izravna i izvršiva pravna obveza koja proizlazi iz tog ugovora. U tom okviru razumijem da se stajalište Suda, kao i ono nezavisnog odvjetnika Mengozzija o *dvostranoobvezujućoj* prirodi ugovora o javnoj nabavi odražava kao *zasnivanje pravno obvezujućih* obveza za obje ugovorne strane [37].

57. Stoga, kako bi se odredilo sadržava li ugovor protučinidbu (i, slijedom toga, je li ispunjen uvjet naplatnosti predviđen u članku 2. stavku 1. točki 5. Direktive 2014/24), smatram da središnja točka analize nije točan iznos novca naveden u ugovoru. Više je riječ o tome jesu li na temelju ugovora dvije ugovorne strane u uzajamnom pravno obvezujućem odnosu koji svaka od njih može ispuniti u pogledu one druge i u okviru kojih javni naručitelj pruža barem jednu jasnu i određenu protučinidbu gospodarske prirode.

58. Takav pristup namjerno premješta raspravu s egzaktne prirode zahtijevane predmetne „protučinidbe" na šire pitanje definicije točnog sadržaja uzajamnih obveza svake od strana. Iako je moguće da se pojam „protučinidba" razlikuje od jedne do druge države u Europi [38], čini se da postoji konsenzus kada je riječ o činjenici da sklapanje ugovora zahtijeva da se strane dogovore na dovoljno

35 C-796/18, EU:C:2020:47

36 Vidjeti, u tom pogledu, razmatranja navedena u točkama 52. do 63. ovog mišljenja.

37 Vidjeti presudu od 21. prosinca 2016., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, t. 43.), koja je slijedila mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzija u predmetu Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, t. 36.). Vidjeti bilješku na dnu str. 16. ovog mišljenja.

38 Kao prikaz toga da se se pravna uređenja ugovora značajno razlikuju, vidjeti, među ostalim, Kötz, H., „Comparative Contract Law" u Reimann, M., i Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2de éd., Oxford University Press, Oxford, 2019., str. 902. do 932., osobito str. 910. do 912., ili Chloros, A. G., „The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1968., vol. 17, br. 1, str. 137. do 166.

određen način o uvjetima ugovora, što podrazumijeva jasnoću uzajamnih prava i obveza svake strane kako bi se ugovor mogao izvršiti [39]. Iz određenog kuta, ova rasprava dovodi do rimskog prava i temeljne razlike, koja je još uvijek na snazi u pravnim sustavima građanskog prava, između dvostranoobvezujućih pravnih odnosa (npr. ugovora) i onih jednostranih (npr. darovanja i donacije).

59. Naplatni je ugovor stoga, prije svega, dvostranoobvezujući ugovor koji podrazumijeva da se ugovorne strane jedna drugoj obvezuju izvršiti činidbe koje su određene i uzajamne. Priroda tih davanja mora biti određena prilikom sklapanja ugovora. Ta davanja moraju biti izvršiva na temelju tog ugovora. Suprotno tomu, naplativa protučinidba je fleksibilnija. Ne mora se nužno sastojati od novčane naknade. Ono što je važno jest da je protučinidba jasna, određena i izvršiva na temelju sklopljenog ugovora.

4. Primjena u predmetnom slučaju

60. Najprije valja primijetiti da u ovom slučaju, za razliku od predmeta na koje se odnosi gore navedena sudska praksa u ovom mišljenju, ne postoji ugovor sklopljen između javnog naručitelja i ponuditelja jer je postupak pokrenut pred nacionalnim sudom u fazi u kojoj je ponuditeljeva ponuda odbijena. U toj fazi postupka stoga ne postoji ugovorna odredba iz koje bi eventualno proizlazilo postojanje protučinidbe javnog naručitelja, u bilo kojem obliku.

61. Pitanje na koje Sud mora odgovoriti je stoga može li, u situaciji u kojoj ponuditeljeva ponuda podrazumijeva nepostojanje izravne naknade usluge od strane javnog naručitelja, prednost koju ponuditelj može očekivati zbog dodjele ugovora o javnoj nabavi predstavljati „protučinidbu" koja bi omogućila sklapanje naplatnog ugovora u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24.

62. U pogledu činjeničnih okolnosti ovog predmeta, kakvima ih je predstavio sud koji je uputio zahtjev, ne vidim od čega bi se ta protučinidba mogla sastojati, čak i ako uzmemo jako otvoreno prihvaćanje tog pojma iz prethodnog odjeljka. Mogli bismo voditi računa o tri moguće prednosti u kontekstu ovog predmeta: kao prvo, stjecanje relevantnog iskustva; zatim, dobivanje referenci za buduće ugovore; naposljetku, uspostavljanje ugleda za buduće javne natječaje koje isti javni naručitelj može pokrenuti za druge grupe.

63. Kao prvo, stjecanje relevantnog iskustva sigurno je važno za nove sudionike ili mala i srednja poduzeća koja se žele razvijati. Ne radi se međutim jasno o protučinidbi koju javni naručitelj pruža u zamjenu. Riječ je o pukoj pravnoj činjenici koja proizlazi iz dodjele ugovora o javnoj nabavi.

64. Kao drugo, također se ne može poreći da dobivanje referenci može predstavljati prednost. Te reference mogu igrati stratešku igru u dodjeli budućih ugovora o javnoj nabavi. Međutim, valja utvrditi da dodjela referenci nije dostatna za uspostavljanje dvostranoobvezujuće prirode takvog ugovora. To, naime, ne predstavlja obvezu javnog naručitelja na način da ne predstavlja naplativu protučinidbu u pogledu potonjega. Ta prednost je uvjet čije je ostvarivanje neizvjesno i nepredvidivo jer će je poduzeće moći iskoristiti u budućnosti ovisno zapravo o činjeničnim okolnostima povezanima s pravilnim izvršenjem ugovora. Stoga ne postoji nikakva prednost kad je riječ o referencama na koje će se ponuditelj moći pozvati. Radi se o jednostavnim nagađanjima o ugovoru.

39 Vidjeti, među ostalim, članke 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) i 2:103 (Sufficient Agreement) iz „Principles of European Contract Law" (Načela europskog ugovornog prava) (vidjeti Lando, O. i Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Haag, 2000.); ili članke II.–I:101(I) (definicija ugovora) i III.–I:102(4) (o uzajamnoj prirodi obveza) iz *Draft Common Frame of Reference* (projekt zajedničkog referentnog okvira) (vidjeti von Bar, C. i dr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009.). Vidjeti, u tom slučaju također, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, zbirka „Droit comparé et européen", Pariz, 2008., vol. 6, str. 25., koji su izradili Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française i Société de législation comparée.

65. Kao treće, odluka suda koji je uputio zahtjev navodi da se, u predmetnom slučaju, ugovor sastojao od dviju grupa [40]. Predmetni postupak javne nabave odnosio se samo na prvu grupu. Nije dana nikakva dodatna informacija o eventualnom odnosu između prve i druge grupe. Međutim, teško je zamislivo da jedna takva situacija igra ulogu u određivanju protučinidbe u smislu pravne obveze koju bi javni naručitelj imao u pogledu ponuditelja glede dviju grupa. Nije nužno poželjno ni prihvatiti ni promicati, eksplicitno ili implicitno, politiku kojom bi poduzeće podnijelo ponudu koja je mnogo manja od troškova, što uključuje iznos od nula eura, u okviru jedne od grupa nadajući se potom naknaditi troškove prilikom dodjele druge grupe od koje se sastoji javna nabava.

66. Da sažmemo, ni jedan od tri scenarija koji odgovaraju mogućim „prednostima" koje bi mogle nastati na temelju protučinidbe koju bi primio ponuditelj koji je predložio besplatno pružanje određenih usluga nije obuhvaćen pojmom „naplatni ugovor" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24. Ni u jednoj od tih situacija nema protučinidbe čije bi izvršenje u okviru ugovora javni naručitelj mogao zakonito zahtijevati. Zajednički nazivnik tih prednosti je da su sve zalog za budućnost.

67. Zaključno, mogli bismo dodati da potonji činjenični element dopušta jasno razlikovanje ovog predmeta od još fleksibilnijeg pristupa protučinidbi i naplatnosti koji je imao npr. nezavisni odvjetnik Campos Sánchez-Bordona u svojem mišljenju u predmetu Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [41]. Naime, osobito u dinamičnijem sektoru kao što je onaj razvoja softvera, moguće je osmisliti određeni broj prilično atipičnih protučinidbi. Tako, prvi softver mogao bi biti pružen besplatno u zamjenu za buduće razvoje; javni naručitelj može izvršiti plaćanje u naturi prijenosom vlastitih podataka u zamjenu, kao bi ih programer mogao koristiti za daljnje aplikacije; javni naručitelj može obećati za uzvrat dati informacije u redovnim vremenskim razmacima, koje bi omogućile razvoj ili usavršavanje njegova proizvoda i pospješile komercijalizaciju itd. Sve ove situacije mogu nastati sklapanjem naplatnog ugovora, kada obveze proizlaze isključivo iz sporazuma sklopljenog s javnim naručiteljem i određuju pravno izvršivu protučinidbu, čak i ako nije, naime, uvijek lako odrediti cijenu svake konkretne protučinidbe.

68. Suprotno tomu, u ovom predmetu, nikakva posebna protučinidba javnog naručitelja nije rezultat jasne i izvršive obveze koja proizlazi iz ugovora čije je sklapanje predviđeno. Prva „prednost" je automatska pravna činjenica. Druga je čisto spekulativna i nesigurna. Kada je riječ o trećoj, iako bi je bilo moguće zamisliti, bila bi dosta problematična. Stoga, u nedostatku protučinidbe na teret javnog naručitelja, budući ugovor ne može se kvalificirati kao „naplatni ugovor" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24.

C. Je li ponuda u iznosu od nula eura izuzetno niska ponuda?

69. U pogledu dugog prethodnog pitanja potrebno je odrediti pravnu osnovu na kojoj bi se utemeljilo odbijanje ponude, kao što je ona predmetna, u iznosu od nula eura.

70. Iako sud koji je uputio zahtjev usredotočuje svoje pitanje na odredbe predviđene člankom 2. stavkom 1. točkom 5. Direktive 2014/24, ipak podsjećam da je, sukladno dostavljenim informacijama, Ministarstvo unutarnjih poslova ispitalo predmetnu ponudu u pogledu odredaba o „izuzetno niskim ponudama" predviđenima u članku 69. te direktive. Ono ipak nije odbilo žaliteljevu ponudu zato što je bila izuzetno niska ili nije dopuštala odgovaranje na zahtjeve i obveze navedene u obavijesti o nadmetanju, nego zato što joj je iznos bio nula eura.

40 Vidjeti točku 11. ovog mišljenja.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Vidjeti točke 51. i 52. ovog mišljenja.

71. Stoga, drugo pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev postupovne je prirode: ako javni naručitelj primi ponudu u kojoj je u polju „cijena" navedeno nula eura, (i.) mora li javni naručitelj automatski izravno isključiti ponudu na temelju članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 s obzirom na to da nijedna ponuda te vrste nikada ne bi dovela do sklapanja valjanog ugovora o javnoj nabavi; ili (ii.) mora li jedna takva ponuda biti također ispitana u skladu s postupkom koji se odnosi na izuzetno niske ponude predviđenim u članku 69. Direktive 2014/24?

72. S obzirom na odgovor koji je sud koji je uputio zahtjev predložio u prvom pitanju (naplativa protučinidba u okviru ugovora o javnoj nabavi ne podrazumijeva nužno prijenos novca, nego može biti protučinidba u naturi ako predstavlja barem nekakvu ekonomsku vrijednost), logičan odgovor na drugo pitanje je onaj predložen (ii.): s ponudom u kojoj je predložena nominalna cijena od nula eura mora se postupati kao s izuzetno niskom ponudom.

73. Kao prvo, postupak iz članka 69. Direktive 2014/24 tiče se faza ponude i pregovaranja. U tom članku zakonodavac Unije naime zahtijeva da javni naručitelj ponudi ponuditelju mogućnost objašnjavanja iznosa njegove ponude i opravdavanja njezine ozbiljnosti. Zatim predviđa da javni naručitelj uzme u obzir ne samo dostavljena opravdanja, osobito ona koja se tiču ekonomičnosti davanja, o izabranim tehničkim rješenjima ili pak o iznimno povoljnim uvjetima dostupnima ponuditelju za isporuku usluge [42], nego i o svim relevantnim elementima u pogledu predmetnog davanja i obveza povezanih s njegovim ostvarenjem [43].

74. Stoga, osim ako priroda ugovora ili ponude sama nedvojbeno upućuje da ne može biti moguća druga protučinidba i da je, slijedom toga, beskorisno dozvoliti ponuditelju da podnese objašnjenja svoje ponude, ne može se isključiti da budući ugovor bude u konačnici „naplatan" ugovor u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24.

75. Sve to podsjeća na paradoks Schrödingerove mačke. Dok kutija nije otvorena i njezin sadržaj ispitan, ne možemo isključiti da je mačka koja se nalazi unutra živa. Na isti način, dok javni naručitelj ne ponudi ponuditelju, na temelju članka 69. Direktive 2014/24, mogućnost da objasni logiku i strukturu troškova njegove ponude, ne može se isključiti da predmetna ponuda može dovesti do sklapanja ugovora o javnoj nabavi, ne dovodeći u pitanje, u konačnici, odbijanje ponude od strane javnog naručitelja. Međutim, takvo odbijanje ne može se čisto i jednostavno temeljiti da činjenici da nominalna ponuda od nula eura ne ispunjava uvjet naplatnosti predviđen u članku 2. stavku 1. točki 5. te direktive.

76. Kao drugo, valja utvrditi da Direktiva 2014/24 ne definira pojam „izuzetno niska ponuda" niti pojašnjava brojčani iznos koji ona pokriva [44]. Pojmovi koje koristi zakonodavac Unije su općeniti, Sud koristi i izraz „niska cijena ponuđena u toj [p]onudi" [45].

77. Proizlazi, međutim, iz sudske prakse Suda da joj se protivi uvođenje matematičkog kriterija isključenja. Sud je sklon dati prednost stvarnom tržišnom natjecanju u skladu s pravilima postupka javne nabave. U presudi od 22. lipnja 1989., Costanzo [46], Sud je presudio da matematički kriterij isključenja lišava ponuditelja koji je podnio osobito niske ponude mogućnosti dokazivanja da su te ponude bile ozbiljne te da je, slijedom toga, protivan cilju Direktive 71/305/EEZ [47], a taj je promicanje razvoja stvarnog tržišnog natjecanja u području ugovora o javnoj nabavi.

42 Ta opravdanja navedena su u članku 69. stavku 2., Direktive 2014/24.

43 Vidjeti presudu od 16. svibnja 2019., Transtec/Komisija (T-228/18, EU:T:2019:336, t. 69. i navedena sudska praksa).

44 U presudi od 18. prosinca 2014., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), Sud je tako podsjetio na to da je na državama članicama, a osobito na javnim naručiteljima da utvrde način izračuna nepravilnosti koja znači „neuobičajeno nisku ponudu" (t. 49. i navedena sudska praksa).

45 Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 18. prosinca 2014., Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, t. 46.).

46 103/88, EU:C:1989:256, t. 18.

47 Direktiva Vijeća od 26. srpnja 1971. o usklađivanju postupaka sklapanja ugovora o javnim radovima (SL 1971., L 185, str. 5.)

78. S obzirom na te elemente, ništa se ne protivi tomu da pojam „izuzetno niska ponuda” može uključivati ponudu u iznosu od nula eura. Doista, iznos od „nula eura” vrsta je psihološke granice. Ipak, u gospodarskom smislu, ništa ne opravdava njezino razlikovanje od ponude u iznosu od 10 eura ili od 100 eura, ako su sve te ponude ispod troškova ugovora.

79. Treće i posljednje, nesumnjivo je moguće istaknuti određeni broj dodatnih argumenata u prilog odbijanju ispitivanja ponude od nula eura. Dozvoljavanje takvih ponuda moglo bi, naime, biti u suprotnosti s ciljem *transparentnosti* u području javnih sredstava i s borbom protiv korupcije: stvarni troškovi i kasnija plaćanja bili bi jednostavno premješteni i prikriveni u drugoj usporednoj transakciji. Također, iako bi se takav potez na prvi pogled činio korisnim za *javne proračune*, ugovor o javnoj nabavi sklopljen za nominalnu cijenu od nula eura mogao bi se, u konačnici, pokazati vrlo skupim i teškim za izvršavanje za javnog naručitelja i, stoga, dovesti do povećanja troškova, umjesto da se već na početku jednostavno plati prikladna cijena. Nadalje, praksa predatorskih cijena koju potiču javni naručitelji mogla bi izazvati zabrinutost sa strane *prava tržišnog natjecanja*.

80. U svakom slučaju, koji god da je legitimitet tih zabrinutosti, isti argumenti mogli bi se koristiti i u suprotnom smislu, odnosno u korist ispitivanja takvih ponuda [48]. Međutim, nadasve, svi ti argumenti mogu se koristiti protiv svakog ispitivanja izuzetno niske ponude. Isti navodi poput onih iz prethodne točke ovog mišljenja primjenjuju se bez razlike na svaku izuzetno nisku ponudu: to bi bio slučaj, npr., za ugovor procijenjen na 150 000 eura, u slučaju ponude od 1000 eura, 101 eura ili simboličnog 1 eura. Čak i da su sve te ponude značajno niže od stvarnih troškova, javni naručitelj ne bi ih mogao automatski odbiti. Mora ih ispitati po posebnom postupku predviđenom u tu svrhu u članku 69. Direktive 2014/24.

81. Iako je jedan takav zakonodavni izbor izvršio zakonodavac Unije u kontekstu prava javne nabave nakon što je izvagao sve prednosti i nedostatke svojstvene izuzetno niskim ponudama, ne nalazim logični argument koji bi dopustio isključenje ponude od nula eura iz te sheme. S njima se dakle mora postupati na isti način. Stoga, ako Sud prihvati moj prijedlog u pogledu prvog pitanja („naplatni ugovor” u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 ne zahtijeva nužno plaćanje novčanog iznosa, nego može podrazumijevati protučinidbu u naturi na teret javnog naručitelja), onda nominalni iznos novca naznačen u ponudi ugovora nije odlučujuć.

82. Slijedom toga, smatram da javni naručitelj mora s obzirom na uvjete navedene u članku 69. Direktive 2014/24 ispitati ponudu u iznosu od nula eura kako bi, u ovom slučaju, odbio ponudu zbog toga što, osobito, ne može dovesti do sklapanja naplatnog ugovora u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. te direktive, jer javni naručitelj ne bi pružio niti jednu protučinidbu gospodarske prirode u okviru postupka javne nabave.

V. Zaključak

83. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na prethodno pitanje koje je postavila Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, Slovenija) odgovori na sljedeći način:

1. Pojam „naplatni ugovor” iz članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, kako je izmijenjena Delegiranom uredbom Komisije (EU) 2017/2365 od 18. prosinca 2017., treba tumačiti

48 Osobito, kad je riječ o tržišnom natjecanju, moglo bi se tvrditi da ta pravila u stvarnosti pogoduju tržišnom natjecanju: vjerojatno je da mala i srednja poduzeća te razvojna poduzeća imaju niže fiksne troškove i mogu uvesti nulte marže za određene ugovore. U tim okolnostima, ponude od nula eura mogu se pokazati konkurentima i time što omogućuju tim malim poduzećima ulazak na tržište.

na način da ne dopušta kvalifikaciju kao „javna nabava usluga” transakcije kojom ponuditelj nudi javnom naručitelju pružanje usluga za iznos od nula eura, ako ugovorne strane nisu ugovorile protučinidbu javnog naručitelja koja ima ekonomsku vrijednost.

2. Ponuda čija je cijena nula eura mora se ispitati u skladu s odredbama predviđenima u članku 69. Direktive 2014/24, kako je izmijenjena Delegiranom uredbom 2017/2365, vezano za izuzetno niske ponude, eventualno nakon dobivanja od ponuditelja dodatnih informacija o točnoj prirodi protučinidbe ekonomske vrijednosti javnog naručitelja. Takva ponuda mora se odbiti ako u posebnom okviru postupka javne nabave na temelju nje ne bi bilo moguće sklopiti „naplatni ugovor” u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. te direktive.