



## Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (četvrto vijeće)

5. prosinca 2013. \*

„Javna nabava – Pregovarački postupak s prethodnom objavom poziva na nadmetanje – Mogućnost da javni naručitelj pregovara o ponudama koje ne ispunjavaju bitne zahtjeve tehničkih specifikacija navedenih u dokumentaciji za nadmetanje“

U predmetu C-561/12,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Riigikohus (Estonija), odlukom od 23. studenoga 2012., koju je Sud zaprimio 5. prosinca 2012., u postupku

**Nordecon AS,**

**Ramboll Eesti AS**

protiv

**Rahandusministeerium,**

SUD (četvrto vijeće),

u sastavu: L. Bay Larsen (izvjestitelj), predsjednik vijeća, M. Safjan, J. Malenovský, A. Prechal i S. Rodin, suci,

nezavisni odvjetnik: N. Wahl,

tajnik: A. Calot Escobar,

uzimajući u obzir pisani postupak,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za Nordecon AS, A. Ots,
- za estonsku vladu, M. Linntam i N. Grünberg, u svojstvu agentica,
- za češku vladu, M. Smolek i T. Müller, u svojstvu agenata,
- za španjolsku vladu, A. Rubio González, u svojstvu agenta,
- za Europsku komisiju, A. Tokár i L. Naaber-Kivisoo, u svojstvu agenata,

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

\* Jezik postupka: estonski.

donosi sljedeću

### Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 30. stavka 2. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL L 134., str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.).
- 2 Zahtjev je upućen u okviru spora između Nordecon AS, pravnog sljednika Nordecon Infra AS (u daljnjem tekstu: Nordecon), i Ramboll Eesti AS (u daljnjem tekstu: Ramboll Eesti) pred Rahandusministeerium (Ministarstvo financija) radi poništenja pregovaračkog postupka nabave s prethodnom objavom poziva na nadmetanje.

### Pravni okvir

#### *Pravo Unije*

- 3 Članak 1. stavak 11. točka d) Direktive 2004/18 određuje:  
„Pregovarački postupci’ su oni postupci u kojima javni naručitelj konzultira gospodarske subjekte po svom izboru i pregovara o uvjetima s jednim ili više njih.”
- 4 Članak 2. te direktive pod naslovom „Načela sklapanja ugovora” predviđa:  
„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način.”
- 5 U članku 23. navedene direktive pod naslovom „Tehničke specifikacije” u njegovim stavcima 1. i 2. navodi se:  
„1. Tehničke specifikacije kako su definirane u točki 1. Priloga VI. navode se u ugovornoj dokumentaciji, kao što su pozivi na nadmetanje, ugovorni dokumenti ili dodatni dokumenti. [...]  
2. Tehničke specifikacije moraju omogućiti jednak pristup za ponuditelje i ne smiju imati učinak stvaranja neopravdanih prepreka otvaranju javne nabave nadmetanju [tržišnom natjecanju].”
- 6 Članak 24. iste direktive pod naslovom „Varijante” u svojim stavcima 1. do 4. određuje:  
„1. Ako je kriterij za odabir ponude ekonomski najpovoljnija ponuda, javni naručitelji mogu dopustiti ponuditeljima da dostave varijante.  
2. Javni naručitelji moraju navesti u pozivu na nadmetanje dopuštaju li ili ne varijante: varijante nisu dopuštene bez ovog navoda.  
3. Javni naručitelji koji dopuštaju varijante navode u ugovornim dokumentima minimalne zahtjeve koje varijante trebaju ispunjavati te bilo koje posebne zahtjeve za njihovo podnošenje.  
4. Razmatraju se samo one varijante koje ispunjavaju minimalne zahtjeve koje su utvrdili dotični naručitelji.

[...]”

7 Članak 30. Direktive 2004/18 pod naslovom „Slučajevi koji opravdavaju uporabu pregovaračkog postupaka s prethodnom objavom poziva na nadmetanje” u svojim stavcima 1. do 3. predviđa:

„1. Javni naručitelji mogu sklopiti svoje ugovore o javnoj nabavi u pregovaračkom postupku, nakon objave poziva na nadmetanje, u sljedećim slučajevima:

a) u slučaju nepravilnih ponuda ili dostave ponuda koje su neprihvatljive sukladno nacionalnim odredbama koje su u skladu s člancima 4., 24., 25., 27. i poglavljem VII., kao odgovor na otvoreni ili ograničeni postupak ili natjecateljski dijalog ako se izvorni uvjeti ugovora bitno ne mijenjaju.

[...]

b) u iznimnim slučajevima kada priroda radova, robe ili usluga ili rizika koji su uz njih vezani ne omogućuju prethodno cjelovito određivanje cijene;

c) u slučaju usluga, *inter alia*, usluga koje spadaju u kategoriju 6. Priloga II. A. i intelektualnih usluga poput usluga koje uključuju projektiranje radova, pod uvjetom da je priroda tih usluga takva da se specifikacije ugovora ne mogu utvrditi s dovoljnom preciznošću da omoguće sklapanje ugovora odabirom najpovoljnije ponude u skladu s uvjetima otvorenih ili ograničenih postupaka;

[...]

2. U slučajevima navedenim u stavku 1., javni naručitelji pregovaraju s ponuditeljima o ponudama koje su ovi dostavili kako bi ih prilagodili zahtjevima navedenima u pozivu na nadmetanje, specifikacijama i dodatnoj dokumentaciji, ako postoje, i kako bi našli najpovoljniju ponudu u skladu s člankom 53. stavkom 1.

3. Za vrijeme pregovora, javni naručitelji moraju osigurati jednak tretman svim ponuditeljima. Posebice ne smiju davati informacije na diskriminirajući način kojim bi se moglo pogodovati pojedinim ponuditeljima u odnosu na druge.”

#### *Estonsko pravo*

8 Članak 27. stavak 1. Zakona o javnoj nabavi (riigihangete seadus, u daljnjem tekstu: RHS) predviđa:

„Pod pojmom pregovaračkog postupka s prethodnom objavom poziva na nadmetanje smatra se postupak sklapanja ugovora tijekom kojeg svaka zainteresirana stranka može podnijeti zahtjev za sudjelovanje u postupku i u kojem javni naručitelj poziva najmanje tri podnositelja zahtjeva da podnesu ponude, koje odabire na temelju objektivnih i nediskriminirajućih kriterija, i s njima pregovara o ponudama, kako bi došlo do prilagođavanja njihovih ponuda zahtjevima predviđenima u dokumentaciji za nadmetanje i do odabira uspješne ponude.”

9 Članak 31. stavak 5. RHS-a određuje:

„Kada javni naručitelj sklopi ugovor o nabavi s ponuditeljem koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu i kada poziv na nadmetanje predviđa mogućnost ponude i alternativnih rješenja, uz rješenja koja udovoljavaju svim uvjetima predviđenima u pozivu na nadmetanje i dokumentaciji za nadmetanje, javni naručitelj u dokumentaciji za nadmetanje mora navesti uvjete koji se odnose na alternativna rješenja i uvjete podnošenja takve ponude.”

10 Članak 52. stavak 1. RHS-a predviđa:

„Javni naručitelj procjenjuje alternativna rješenja kada sklapa ugovor o nabavi s ponuditeljem koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu i ako je u pozivu na nadmetanje dopustio ponudu alternativnih rješenja.”

11 Članak 67. stavak 1. RHS-a propisuje:

„Javni naručitelj, osim u slučajevima predviđenima u članku 65. stavku 4. ovog zakona, otvara sve ponude i pregovara sa svim ponuditeljima o ponudama koje su dostavili s ciljem da ih, kada je potrebno, prilagodi zahtjevima navedenima u pozivu na nadmetanje i dokumentaciji za nadmetanje te odabere uspješnu ponudu.”

### **Glavni postupak i prethodna pitanja**

12 Dana 25. rujna 2008. Maanteeamet (Ured za ceste) pokrenuo je pregovarački postupak s prethodnom objavom poziva na nadmetanje pod naslovom „Osmišljavanje i izgradnja dionice ceste Aruvalla-Kose na cesti E263”.

13 Točkama 4.3.1. i 4.7.1. priloga dokumentaciji za nadmetanje koja se odnosi na javnu nabavu o kojoj je riječ u glavnom postupku bilo je predviđeno da razdjelni pojas te dionice ceste bude širine 13,5 metara na dionici od 26,6. do 32. kilometra i širine 6 metara na dionici od 32. do 40. kilometra.

14 Dana 20. siječnja 2010. Maanteeamet je proglasio prihvatljivima četiri dostavljene ponude, i to ponudu grupe Lemminkäinen i Merko, zajedničku ponudu Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, Binders SIA i Insenerbuve SIA te zajedničku ponudu grupe Nordecon, koju čine Nordecon Infra AS i Ramboll Eesti, bez obzira na to što je ponuda potonje grupe predviđala razdjelni pojas širine 6 metara na cijeloj dužini navedene dionice ceste.

15 Tijekom pregovaranja, koje je uslijedilo nakon podnošenja ponuda, Maanteeamet je dopisom od 26. travnja 2010. predložio ponuditeljima osim grupi Nordecon da izmijene širinu razdjelnog pojasa koja je navedena u početnim ponudama i da utvrde širinu od 6 metara na cijeloj dužini predmetne dionice ceste, kao što je to predložila grupa Nordecon. Nakon dovršetka pregovora sa svim ponuditeljima, potonji su do 27. svibnja 2010., dana koji je odredio javni naručitelj, podnijeli svoje ponude, nakon što su umanjili cijenu zbog zatraženih izmjena.

16 Dvjema odlukama od 10. lipnja 2010. Maanteeamet je proglasio prihvatljivima sve ponude te je odabrao zajedničku ponudu grupe Lemminkäinen u kojoj je bila ponuđena najniža cijena.

17 Dana 21. srpnja 2010., povodom žalbe koju je podnio Nordecon Infra AS, Komisija za žalbe u Rahandusministeerium poništila je navedene dvije odluke te je navela da se u pregovaračkom postupku s prethodnom objavom poziva na nadmetanje pregovaranja, koje je primijenio javni naručitelj, ne može odnositi na zahtjeve koji su jasno i nedvojbeno naznačeni u temeljnoj dokumentaciji za nadmetanje, kao što su oni koji se odnose na širinu razdjelnog pojasa. Dana 27. rujna 2010. ravnatelj Maanteeamet odbio je zajedničku ponudu grupe Lemminkäinen i odabrao je ponudu grupe Nordecon, u kojoj je bila ponuđena najniža cijena, nakon one koju je ponudila prva grupa.

18 Povodom zahtjeva za poništenje koji je podnijela grupa Merko, Rahandusministeerium je odlukom od 26. listopada 2010. poništilo postupak sklapanja ugovora o javnoj nabavi o kojem je riječ u glavnom postupku, posebice zbog toga što je javni naručitelj nezakonito proglasio prihvatljivom ponudu grupe Nordecon i prihvatio istu, koja je sadržavala alternativno rješenje, a koje nije bilo dopušteno u pozivu

na nadmetanje, i zbog toga što se pregovori koje je vodio javni naručitelj nisu mogli odnositi na dijelove koji su predstavljali jasno i nedvojbeno naznačene zahtjeve u temeljnoj dokumentaciji za nadmetanje, kao što su oni koji se odnose na širinu razdjelnog pojasa predmetne dionice ceste.

- 19 Nordecon, koji je u međuvremenom postao pravni sljednik Nordecon Infra AS, i Ramboll Eesti podnijeli su protiv te odluke tužbu pred Tallinna Halduskohus (Upravni sud u Tallinnu) koji je presudom od 2. ožujka 2011. odbio tužbu. Prema tom sudu ponuda tužitelja u glavnom postupku morala je biti proglašena neprihvatljivom, s obzirom na to da, protivno članku 31. stavku 5. i članku 52. RHS-a, predmetni poziv na nadmetanje nije predvidio mogućnost podnošenja alternativnih rješenja i sklapanje ugovora s ponuditeljem koji podnese ekonomski najpovoljniju ponudu, već je predvidio uzimanje u obzir najniže cijene. Štoviše, s druge strane, u okviru pregovaračkog postupka s prethodnom objavom poziva na nadmetanje pregovaranje se moglo odnositi samo na one aspekte koji u trenutku podnošenja ponude nisu bili određeni ili koji nisu bili navedeni u dokumentaciji za nadmetanje.
- 20 Navedena dva društva uložila su žalbu protiv prvostupanjske presude Tallinna Ringkonnakohus (Žalbenom sudu u Tallinnu). Presudom od 21. prosinca 2011. potonji je sud potvrdio presudu.
- 21 Pozivom na točku 8.1. dokumentacije za nadmetanje u postupku javne nabave o kojem je riječ u glavnom postupku, na temelju koje je Maanteeamet dopustio podnošenje alternativnih rješenja osim za izgradnju kolnika glavne prometnice (posebice pristupnih cesta), Tallinna Ringkonnakohus je utvrdio da poziv na nadmetanje nije predviđao mogućnost podnošenja alternativnih rješenja ni sklapanje ugovora s podnositeljem ekonomski najpovoljnije ponude. Dakle, Maanteeamet je, protivno članku 31. stavku 5. i članku 52. stavku 1. RHS-a, dopustio podnošenje alternativnih rješenja. Isto tako, prvotna ponuda tužitelja u glavnom postupku trebala je biti odbijena.
- 22 Nordecon i Ramboll Eesti podnijeli su žalbu u kasacijskom postupku Riigikohus (Vrhovnom sudu) tražeći poništenje presude Tallinna Ringkonnakohus, donošenje nove odluke i utvrđenje nezakonitosti odluke Rahandusministeerium od 26. listopada 2010.
- 23 Prema sudu koji je uputio zahtjev nije sporno da podnošenje alternativnih rješenja nije bilo predviđeno u pozivu na nadmetanje kao i da se procjena ponuda nije temeljila na kriteriju ekonomski najpovoljnije ponude.
- 24 Prihvaćajući mogućnost da se u okviru pregovaračkog postupka s prethodnom objavom poziva na nadmetanje moglo pregovarati, i to barem djelomično, o uvjetima na kojima se temelji odluka o sklapanju ugovora bez potrebe da se pritom predvidi pribjegavanje alternativnim rješenjima, sud koji je uputio zahtjev pita se može li javni naručitelj svejedno pregovarati i kada neke od ponuda ne odgovaraju bitnim zahtjevima iz dokumentacije za nadmetanje te je li provedeno pregovaranje moralo dovesti najmanje do toga da bude odabrana ponuda koja je u skladu s tim bitnim zahtjevima.
- 25 U tom pogledu sud koji je uputio zahtjev smatra da članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 ostavlja otvorenim pitanje mogu li se tijekom navedenih pregovora ponude prilagoditi i bitnim zahtjevima tehničkih specifikacija. Ako je takvo prilagođavanje moguće, sud koji je uputio zahtjev pita se je li moguće voditi pregovore na temelju ponuda koje u svom prvotnom obliku ne ispunjavaju u cijelosti navedene bitne zahtjeve. Prema sudu koji je uputio zahtjev ta direktiva ne daje jasan odgovor na pitanje mora li prilagođavanje koje slijedi nakon pregovora dovesti do potpune usklađenosti ponuda s tehničkim specifikacijama i može li javni naručitelj, u cilju ostvarenja te usklađenosti, pristupiti izmjenama tehničkih specifikacija.

26 U tim je okolnostima Riigikohus odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „1) Treba li članak 30. stavak 2. Direktive [2004/18] tumačiti tako da ovlašćuje javnog naručitelja na pregovaranje s ponuditeljima kada je riječ o ponudama koje ne ispunjavaju bitne zahtjeve predviđene u tehničkim specifikacijama nabave?
- 2) U slučaju potvrdnog odgovora na [prvo pitanje], treba li članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 tumačiti tako da ovlašćuje javnog naručitelja da, nakon otvaranja ponuda, izmijeni bitne zahtjeve tehničkih specifikacija tijekom pregovora pod uvjetom da ne mijenja predmet javne nabave i da jamči jednako postupanje prema svim ponuditeljima?
- 3) U slučaju potvrdnog odgovora na [drugo pitanje], treba li članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 tumačiti tako da se protivi propisu koji nakon otvaranja ponuda sprječava izmjenu bitnih zahtjeva tehničkih specifikacija tijekom pregovora?
- 4) U slučaju potvrdnog odgovora na [prvo pitanje], treba li članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 tumačiti tako da zabranjuje javnom naručitelju da kao najbolju ponudu ocijeni onu koja nakon pregovora ne udovoljava bitnim zahtjevima tehničkih specifikacija?”

#### **Dopuštenost zahtjeva za prethodno pitanje**

- 27 Nordecon, iako nije istaknuo prigovor nedopuštenosti, osporava relevantnost prethodnih pitanja ističući da rješenje glavnog spora ne ovisi o eventualnim odgovorima na ta pitanja. Posebno smatra da glavno pitanje koje je postavio Riigikohus, i to prvo na koje su vezana sva daljnja pitanja, nije relevantno, budući da pregovaranje nije provedeno s podnositeljima koji su podnijeli nepravilne ponude. Također, navedena pitanja temelje se na pogrešnim pretpostavkama.
- 28 U tom pogledu, stalna je sudska praksa prema kojoj je u okviru postupka iz članka 267. UFEU-a Sud jedini ovlašten očitovati se o tumačenju ili o valjanosti prava Unije polazeći od činjenica koje mu predstavi nacionalni sud (vidjeti presudu od 16. ožujka 1978., *Oehlschläger*, 104/77, *Recueil*, str. 791., točku 4.; presudu od 11. rujna 2008., *Eckelkamp i dr.*, C-11/07, *Recueil*, str. I-6845., točku 52. kao i rješenje od 8. studenoga 2012., *SKP*, C-433/11, točku 24.).
- 29 U okviru ovog postupka koji se temelji na jasnom razgraničenju funkcija nacionalnih sudova i Suda, ocjena činjenica predmeta u nadležnosti je nacionalnog suca. Također, samo je na nacionalnom sucu, pred kojim je pokrenut postupak i koji mora preuzeti odgovornost za sudsku odluku koja će biti donesena, da ocijeni koliko je, uvažavajući posebnosti predmeta, prethodna odluka potrebna kako bi bio u stanju donijeti svoju odluku kao i o relevantnosti pitanja koja postavlja Sudu. Posljedično, s obzirom na to da se postavljena pitanja odnose na tumačenje prava Unije, Sud je u načelu dužan donijeti meritornu odluku (vidjeti u tom smislu gore navedenu presudu *Eckelkamp i dr.*, točku 27.).
- 30 Sud može odbiti donošenje meritorne odluke povodom prethodnog pitanja koje je postavio nacionalni sud samo kada očito proizlazi da zahtijevano tumačenje prava Unije nije ni u kakvom odnosu s činjenicama ili predmetom glavnog postupka, kada je problem hipotetske naravi ili kada Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima koji su nužni za davanje korisnog odgovora na postavljena pitanja (gore navedena presuda *Eckelkamp i dr.*, točka 28.).
- 31 U konkretnom slučaju, sud koji je uputio zahtjev polazi od toga da je javni naručitelj pregovarao o ponudama koje ne ispunjavaju bitne zahtjeve iz dokumentacije za nadmetanje te nije na Sudu da to dovede u pitanje. Također, u predmetnom slučaju nije utvrđen nijedan od slučajeva navedenih u točki 30. ove presude koji bi mogli dovesti do odbijanja donošenja odluke povodom prethodnog pitanja.



32 Prema tome, zahtjev za prethodnu odluku mora se smatrati dopuštenim.

### **O prethodnim pitanjima**

- 33 Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita ovlašćuje li članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 javnog naručitelja da pregovara s ponuditeljima čije ponude ne ispunjavaju bitne zahtjeve predviđene u tehničkim specifikacijama nabave.
- 34 U tom pogledu valja podsjetiti da članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 u određenim slučajevima dopušta primjenu pregovaračkog postupka kako bi se ponude koje su podnijeli ponuditelji prilagodile bitnim zahtjevima navedenima u pozivu na nadmetanje, specifikacijama i eventualno drugoj dokumentaciji s ciljem odabira najbolje ponude.
- 35 Prema članku 2. te direktive javni naručitelji prema gospodarskim subjektima ponašaju se jednako i nediskriminirajuće te djeluju na transparentan način.
- 36 Sud je već istaknuo da obveza djelovanja na transparentan način ima za cilj sprječavanje opasnosti od favoriziranja i samovolje javnog naručitelja (presuda od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr., C-599/10, točka 25.).
- 37 Na taj način, iako javni naručitelj ima ovlast pregovaranja u okviru pregovaračkog postupka, dužan je uvijek paziti da se poštuju zahtjevi postupka javne nabave kojima je dodijelio bitan značaj. Ako to ne bi bio slučaj, ne bi se poštovalo načelo prema kojem javni naručitelji djeluju na transparentan način i ne bi se postigao cilj naveden u prethodnoj točki ove presude.
- 38 Osim toga, činjenica da se za potrebe pregovaranja dopušta ponuda koja ne udovoljava bitnim uvjetima dovela bi do potpune beskorisnosti određivanje bitnih uvjeta u pozivu na nadmetanje i ne bi omogućila javnom naručitelju da pregovara s podnositeljima na istoj osnovi sastavljenoj od navedenih uvjeta te, utoliko, da se prema njima ponaša jednako.
- 39 Imajući u vidu prethodno navedeno, na prvo pitanje valja odgovoriti tako da članak 30. stavak 2. Direktive 2004/18 ne ovlašćuje javnog naručitelja da pregovara s ponuditeljima čije ponude ne ispunjavaju bitne zahtjeve predviđene u tehničkim specifikacijama nabave.
- 40 S obzirom na dani odgovor na prvo pitanje, nije potrebno odgovoriti na drugo, treće i četvrto pitanje.

### **Troškovi**

- 41 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 naknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (četvrto vijeće) odlučuje:

**Članak 30. stavak 2. Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama treba tumačiti tako da ne ovlašćuje javnog naručitelja da pregovara s ponuditeljima čije ponude ne ispunjavaju bitne zahtjeve predviđene u tehničkim specifikacijama nabave.**

Potpisi