



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 24. studenoga 2016.¹

Predmet C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
protiv
Województwo Łódzkie**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Krajowa Izba Odwoławcza (Nacionalna žalbena komisija, Poljska))

„Direktiva 2004/18/EZ – Načelo nediskriminacije i načelo transparentnosti – Ponuditeljevo podnošenje dodatnih informacija u vezi s isporukama koje nije naveo u prvoj ponudi – Mogućnost kombiniranja iskustva dvaju subjekata – Mogućnost oslanjanja na iskustvo koje je stekao kao član skupine poduzetnika – Mogućnost kombiniranja iskustva iz više ugovora – Ozbiljno lažno prikazivanje“

I – Uvod

1. Ovaj predmet odnosi se na postupak javne nabave bolničkih informatičkih sustava u Poljskoj. Taj ugovor najprije je bio dodijeljen društvu Komputer Konsult Sp. z o.o. (u daljnjem tekstu: KK). Esaprojekt Sp. z o.o. (u daljnjem tekstu: Esaprojekt), koji je također podnio ponudu, osporavao je tu dodjelu pred nacionalnim sudovima. Dodjela je poništena jer iskustvo na koje se društvo KK pozvalo nije bilo dovoljno. KK je pozvan da pojašni svoj popis iskustava. KK se u izmijenjenom popisu pozvao na novo iskustvo, a bila je riječ o iskustvu treće strane. KK-u je ponovno dodijeljen ugovor. Esaprojekt je protiv te dodjele uložio pravni lijek, što je dovelo do zahtjeva za prethodnu odluku u ovom predmetu.

2. Nacionalni sud postavlja Sudu niz pitanja s pomoću kojih se, kao prvo, žele odrediti uvjeti pod kojima ponuditelji mogu izmijeniti svoj popis iskustava i osloniti se na iskustvo trećih strana. Kao drugo, nacionalni sud traži pojašnjenje uvjeta pod kojima podaci koje je dao ponuditelj predstavljaju „lažno prikazivanje“ prema članku 45. stavku 2. točki (g) Direktive 2004/18/EZ². Kao treće, nacionalni sud pita može li se subjekt osloniti na iskustvo koje je stekao u okviru zasebnih ugovora kao na jedinstveno iskustvo, kako bi ispunio zahtjev iz specifikacije, kad javni naručitelj nije izričito predvidio takvu mogućnost.

1 – Izvorni jezik: engleski

2 – 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.)

II – Pravni okvir

A – Pravo Unije

3. Člankom 2. Direktive 2004/18 propisano je načelo transparentnosti i nediskriminacije pri sklapanju ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama.
4. Članak 44. stavak 1. propisuje da se ugovori dodjeljuju, među ostalim, u skladu s kriterijima stručnog i tehničkog znanja ili sposobnosti navedenima u članku 48. Članak 44. stavak 2. propisuje da bilo koji propisani minimalni zahtjevi sposobnosti „moraju biti vezani uz predmet ugovora te biti razmjerni predmetu ugovora”.
5. Članak 45. stavak 2. točka (g), koji se nalazi u odjeljku pod naslovom „Kriteriji za kvalitativni odabir”, propisuje da gospodarski subjekt može biti isključen iz sudjelovanja u postupku ako je „kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka sukladno odredbama ovog odjeljka ili nije dostavio takve podatke” te, u vezi s člankom 45. stavkom 2. općenito, da „[d]ržave članice navode, u skladu s njihovim nacionalnim zakonom i uzimajući u obzir zakonodavstvo Zajednice, provedbene uvjete za ovaj stavak”.
6. U članku 48. stavku 2. navedeni su načini na koje je moguće dokazivati postojanje iskustva, koji u točki (a) osobito uključuju popis izvedenih radova, glavnih izvršenih isporuka ili glavnih pruženih usluga.
7. Članak 48. stavak 3. predviđa da se gospodarski subjekt, „po potrebi i za određene ugovore [određeni ugovor], može osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobna odnosa”. U tim slučajevima subjekt mora dokazati da ima „na raspolaganju resurse nužne za izvršenje ugovora, primjerice, prihvaćanjem obveze tih subjekata da će te resurse staviti na raspolaganje gospodarskom subjektu”.
8. U članku 51., koji nosi naslov „Dodatna dokumentacija i informacije”, stoji da javni naručitelj „može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili pojašne potvrde i dokumente dostavljene sukladno člancima 45. do 50.”.

B – Nacionalno pravo

9. Članak 2. stavak 13. Ustawa Prawo zamówień publicznych (Zakon o javnoj nabavi) (u daljnjem tekstu: Ustawa PZP) definira pojam „ugovori o javnoj nabavi” kao „naplatne ugovore sklopljene između javnog naručitelja i gospodarskog subjekta čiji su predmet usluge, roba ili radovi”.
10. Članak 24. stavci 2. i 3. Ustawa PZP propisuje isključenje gospodarskih subjekata koji „[...] su dostavili netočne podatke koji su imali ili mogli imati utjecaj na ishod provedenog postupka [...]”.
11. Članak 26. Ustawa PZP predviđa mogućnost javnog naručitelja da od ponuditelja zatraži da dostave informacije koje nedostaju, isprave pogreške ili pojašne izjave ili dokumente.

III – Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

12. Ovaj predmet odnosi se na postupak javne nabave bolničkih informatičkih sustava u vojvodstvu Łódź (Poljska). Relevantan dio postupka odnosi se na nabavu i isporuku integriranog bolničkog sustava (HIS) za (sivi) administrativni sektor i (bijeli) medicinski sektor u Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (samostalna bolnica vojvodstva „Nikola Kopernik”).

13. Sukladno dokumentaciji za nadmetanje, za dodjelu ugovora mogli su se prijaviti gospodarski subjekti koji su mogli dokazati, među ostalim, da su ispunili barem dva ugovora koji obuhvaćaju (u odnosu na svaki ugovor na koji se pozivaju): isporuku, instalaciju, konfiguraciju i uvođenje HIS-a u bijelom i sivom sektoru za zdravstvene ustanove s najmanje 200 kreveta, u vrijednosti od najmanje 450 000 PLN bruto.

14. Kako bi dokazali da ispunjavaju gornji uvjet, gospodarski subjekti morali su dostaviti izjavu i popis „glavnih isporuka” HIS-ova u bijelom i sivom sektoru.

15. U svojoj ponudi KK je naveo unose za isporuke HIS-a u bijelom i sivom sektoru za bolnice u (i.) Ślupsku („isporuka Ślupsk”) i (ii.) Nowom Sączu („isporuka Nowy Sącz”). Obje isporuke izvršili su konzorcij Konsultant IT Sp. z o.o. (u daljnjem tekstu: KIT) i KK.

16. KK je izabran za nabavu i isporuku HIS-a. Esaprojekt je osporavao tu odluku, tvrdeći u bitnome da ugovori koje je naveo KK ne ispunjavaju zahtjeve iz specifikacije u pogledu njegova iskustva s HIS-om.

17. Podneseni pravni lijek je usvojen. Javnom naručitelju naloženo je da od KK-a zatraži da, u skladu s postupkom iz članka 26. stavka 4. Ustawa PZP, dostavi pojašnjenja u vezi s opsegom navedenih ugovora kako bi dokazao da u pogledu znanja i iskustva ispunjava uvjet za sudjelovanje u postupku.

18. Nakon zahtjeva za pojašnjenje, ispostavilo se da je isporuka Ślupsk izvršena u okviru dvaju postupaka javne nabave i dvaju zasebnih ugovora. Jedan od tih sporazuma nije obuhvaćao bijeli sektor, dok drugi nije obuhvaćao sivi sektor. Javni je naručitelj smatrao da isporuka Ślupsk nije ispunjavala zahtjeve iz dokumentacije za nadmetanje, navedene u gornjoj točki 13. ovog mišljenja, jer nije predstavljala jedan „ugovor”, kao što je to definirano u članku 2. stavku 13. Ustawa PZP. Umjesto toga, obuhvaćala je dva zasebna ugovora. Stoga je javni naručitelj od KK-a zatražio da dopuni dokumente iz kojih proizlazi da KK ispunjava propisane uvjete.

19. Dopunjujući dokumente, KK je dostavio novi popis isporuka. Taj je popis, kao i prijašnji, uključivao isporuku Nowy Sącz. Usto, dodane su dvije nove isporuke, od kojih je obje izvršila treća strana, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (u daljnjem tekstu: Medinet) (u daljnjem tekstu: isporuke Medinet). KK je također podnio izjavu društva Medinet kako bi dokazao da raspolaže resursima potrebnima za izvršenje ugovora i kako bi sudjelovao u izvršavanju ugovora kao savjetnik i konzultant.

20. Javni naručitelj prihvatio je izmijenjenu KK-ovu ponudu. Esaprojekt je ponovno uložio pravni lijek protiv Województwa Łódzkie pred Krajowa Izba Odwoławcza (Nacionalna žalbena komisija, Poljska). U tim okolnostima navedeni je sud odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„Prvo pitanje:

Dopušta li članak 51. [Direktive 2004/18], zajedno s načelom jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima i načelom transparentnosti iz njezina članka 2., da neki gospodarski subjekt u okviru pojašnjenja ili nadopune dokumenata navede ispunjene ugovore (tj. izvršene isporuke) različite od onih koje je naveo u popisu isporuka koji je priložen ponudi; može li osobito istaknuti ispunjene ugovore nekog drugog gospodarskog subjekta, ako u ponudi nije spomenuo da može raspolagati njegovim resursima?

Drugo pitanje:

Treba li članak 51. [Direktive 2004/18] – u svjetlu presude od 10. listopada 2013., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), iz koje proizlazi da „načelo jednakog postupanja treba tumačiti u smislu da se ne protivi tome da javni naručitelj zahtijeva od natjecatelja, nakon isteka roka za podnošenje zahtjeva za sudjelovanje u postupku javne nabave, dostavu dokumenata koji opisuju situaciju tog natjecatelja, poput objavljenog zaključnog računa, čije je postojanje prije isteka roka za podnošenje zahtjeva

objektivno provjerljivo, dok god dokumenti za taj ugovor nisu sadržavali izričitu obvezu da budu dostavljeni pod prijetnjom odbacivanja zahtjeva za sudjelovanje tog natjecatelja' – tumačiti na način da je nadopuna dokumenata dopuštena samo ako se odnosi na dokumente koji su postojali već prije isteka roka za podnošenje ponuda ili zahtjeva za sudjelovanje u postupku, što se objektivno može ispitati, ili pak na način da je Sud samo naznačio jednu od mogućnosti te je nadopuna dokumenata dopuštena i u drugim slučajevima, npr. prilaganjem dokumenata koji prije isteka navedenog roka nisu postojali, ali koji svejedno objektivno mogu potvrditi ispunjenje nekog od uvjeta za sudjelovanje?

Treće pitanje:

Ako na drugo pitanje treba odgovoriti u smislu da se nadopuniti mogu i drugi dokumenti osim onih spomenutih u presudi Manova, C-336/12, mogu li se nadopuniti dokumenti koji potječu od gospodarskog subjekta, od treće osobe kao podizvođača ili od drugih gospodarskih subjekata na čije se kapacitete gospodarski subjekt poziva, ako ti dokumenti nisu bili dostavljeni u okviru ponude?

Četvrto pitanje

Dopuštaju li članak 44. u vezi s člankom 48. stavkom 2. točkom (a) i načelo jednakog postupanja s gospodarskim subjektima, utvrđeno u članku 2. Direktive 2004/18, oslanjanje na resurse drugog gospodarskog subjekta, kao što je to navedeno u članku 48. stavku 3., na način da se kombiniraju znanje i iskustvo dvaju gospodarskih subjekata, koji svaki za sebe ne posjeduju znanje i iskustvo koje zahtijeva javni naručitelj, kada se navedeno iskustvo ne može dijeliti (tj. gospodarski subjekt mora u cijelosti ispuniti uvjet za sudjelovanje u postupku) te je izvršenje ugovora nedjeljivo (predstavlja cjelinu)?

Peto pitanje:

Dopuštaju li članak 44. u vezi s člankom 48. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2004/18 i načelo jednakog postupanja s gospodarskim subjektima, utvrđeno u članku 2. te direktive, oslanjanje na iskustvo skupine gospodarskih subjekata na način da se gospodarski subjekt koji je izvršio neki ugovor kao član skupine gospodarskih subjekata može pozivati na izvršenje ugovora od strane te skupine, bez obzira na to kakav je bio njegov udjel u izvršenju tog ugovora, ili se pak može pozivati jedino na vlastito, stvarno stečeno iskustvo, koje je stekao prilikom izvršenja jednog dijela ugovora koji mu je dodijeljen unutar skupine?

Šesto pitanje:

Može li se članak 45. stavak 2. točka (g) Direktive 2004/18 – prema kojem gospodarski subjekt može biti isključen iz postupka ako je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka [...] ili ako nije dostavio takve podatke – tumačiti na način da se iz sudjelovanja u postupku isključuje gospodarski subjekt koji je lažno prikazao činjenice pri dostavljanju podataka koji su imali ili mogli imati utjecaja na ishod postupka, pod pretpostavkom da krivnja za lažno prikazivanje proizlazi iz samog davanja pogrešnih podataka javnom naručitelju koji utječu na odluku javnog naručitelja o isključenju gospodarskog subjekta (i odbijanju njegove ponude), bez obzira na to je li gospodarski subjekt djelovao s namjerom i ciljano, ili pak bez namjere, iz nepažnje, nemara ili zbog zanemarivanja dužne pažnje? Može li se uzeti da je ‚[...] kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju potrebnih podataka ili da [...] nije dostavio takve podatke' samo onaj gospodarski subjekt koji je dostavio lažne podatke (koji ne odgovaraju istini), ili se isto može uzeti i za gospodarskog subjekta koji je, doduše, dostavio istinite podatke, ali na način koji je bio usmjeren na stvaranje uvjerenja kod javnog naručitelja da gospodarski subjekt ispunjava propisane uvjete, iako to nije točno?

Sedmo pitanje:

Dopuštaju li članak 44. u vezi s člankom 48. stavkom 2. točkom (a) i načelo jednakog postupanja s gospodarskim subjektima, utvrđeno u članku 2. Direktive 2004/18, oslanjanje gospodarskog subjekta na njegovo iskustvo, na način da se poziva na dva ili više ugovora zajedno kao da su jedan ugovor, iako javni naručitelj ni u pozivu na nadmetanje ni u dokumentaciji za nadmetanje nije predvidio tu mogućnost?”

21. Pisana očitovanja podnijele su poljska i talijanska vlada i Komisija. Poljska vlada, Komisija i Województwo Łódzkie, tuženik u glavnom postupku sudjelovali su na raspravi održanoj 21. rujna 2016.

IV – Ocjena

A – Prvo pitanje (i drugo i treće pitanje)

22. Sud koji je uputio zahtjev prvim pitanjem želi doznati može li se ponuditelj, s obzirom na članke 2. i 51. Direktive 2004/18, nakon isteka roka za podnošenje ponude osloniti na iskustvo treće strane na koje se nije oslonio u prvoj ponudi.

23. Drugim i trećim pitanjem želi doznati može li ponuditelj, u skladu s presudom u predmetu Manova³, podnijeti dokumente kojima dokazuje svoju mogućnost oslanjanja na iskustvo te treće strane nakon protoka roka za podnošenje ponude (u ovom predmetu izjava društva Medinet).

24. Kada je riječ o prvom pitanju, smatram da takvo naknadno oslanjanje općenito nije moguće zbog niže navedenih razloga. Taj odgovor čini nepotrebnima bilo kakva detaljna razmatranja drugog i trećeg pitanja.

25. Člankom 51. Direktive 2004/18 propisano je da javni naručitelji mogu pozvati ponuditelje da „nadopune ili pojašne” dokumente koje su dostavili. Ti pojmovi, „nadopuniti ili pojašniti”, vjerojatno su prilično fleksibilni. Međutim, u skladu s ustaljenom sudskom praksom⁴, načelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti u suprotnosti su s bilo kakvim pregovaranjem između javnog naručitelja i ponuditelja u okviru postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi. Stoga, kao opće pravilo, javni naručitelj ne može zahtijevati pojašnjenja od ponuditelja kada ocijeni da je ponuda neprecizna ili da nije u skladu s tehničkim specifikacijama, ili čak stvoriti dojam da bi dopustio izmjenu ponude⁵.

26. Međutim, Direktiva 2004/18 „ne protivi se pravodobnom ispravljanju ili nadopuni podataka koji se odnose na ponudu, posebice kada je jasno da je potrebno jednostavno pojašnjenje ili ispravak očitih pogrešaka”, sve dok to ne dovodi do nove ponude⁶. Od ponuditelja treba očekivati postupanje s dužnom pažnjom⁷, ali treba izbjegavati prekomjerni formalizam⁸. To je osobito važno s obzirom na potrebu da se osigura otvorenost i konkurentnost postupaka.

27. Stoga se mogućnost podnošenja dodatnih informacija nakon protoka roka za podnošenje smatra iznimnom, ali ne i nepostojećom. Nakon toga postavlja se pitanje gdje točno podvući crtu.

3 — Presuda od 10. listopada 2013., C-336/12, EU:C:2013:647

4 — Vidjeti presude od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr. (C-599/10, EU:C:2012:191, t. 36.); od 10. listopada 2013., Manova, (C-336/12, EU:C:2013:647, t. 31.) i od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, t. 62.).

5 — Presuda od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr. (C-599/10, EU:C:2012:191, t. 41.)

6 — Vidjeti presude od 7. travnja 2016., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, t. 63. i 64.), od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr. (C-599/10, EU:C:2012:191, t. 40.) i od 10. listopada 2013., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, t. 32. do 36.).

7 — Presuda od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr. (C-599/10, EU:C:2012:191, t. 38.)

8 — Presuda od 6. studenoga 2014., Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 45.)

28. Prema mojem mišljenju, stajalište Suda možda bi se najbolje moglo prikazati metaforom: informacije i dokumentacija koje je ponuditelj podnio u roku za podnošenje predstavljaju fotografiju. Javni naručitelj može uzeti u obzir samo informacije i dokumentaciju koji se već nalaze na njoj. To javnog naručitelja ne sprečava u tome da poveća bilo koje detalje koji su na fotografiji bili malo mutni i zahtijeva povećanje rezolucije kako bi jasno vidio detalje. Ali osnovne informacije morale su postojati na originalnoj fotografiji, makar u niskoj rezoluciji.

29. Slijedom te logike, smatram da ponuditelju načelno ne može biti dopušteno dokazivati da udovoljava propisanim tehničkim i stručnim zahtjevima oslanjanjem na iskustvo trećih strana na koje se nije pozvao prije isteka roka za podnošenje ponude. Jednostavno, ta se informacija nije nalazila na originalnoj slici.

30. Stoga takvo oslanjanje na treću stranu ne podrazumijeva puko pojašnjenje ili formalnost. Ono zapravo predstavlja značajnu izmjenu ponude. Mijenja se sam identitet subjekata koji obavljaju posao, ili barem onih subjekata na čije se iskustvo oslanja u tu svrhu. Riječ je o suštinskoj promjeni koja utječe na ključni element postupka⁹. Štoviše, kao što je to istaknula Komisija, takva promjena može dovesti do toga da javni naručitelj zahtijeva dodatne provjere, a mogla bi čak utjecati na izbor natjecatelja koju su pozvani dati ponudu.

31. Općenito, dopuštanje takvih izmjena zasigurno može utjecati na natječajni postupak. Ponuditeljeva odluka da se osloni na vlastito iskustvo ili na iskustvo treće strane mora biti donesena u određenom trenutku i na temelju informacija kojima u to vrijeme raspolaže. Davanje ponuditelju, nakon proteka određenog vremena, druge mogućnosti za donošenje te poslovne odluke moglo bi mu zasigurno dati prednost koja bi bila u suprotnosti sa zahtjevom jednakog postupanja. Primjerice, poznavanje broja ili identiteta natjecatelja u postupku ili kriza na tržištu mogli bi potaknuti ponuditelja da odluči surađivati s partnerom s većim iskustvom, kako bi povećao svoje šanse¹⁰.

32. Daljnji dokaz u prilog tom zaključku može se prema analogiji naći u slučajevima koji uključuju izmjenu sastava konzorcija ponuditelja nakon isteka roka za podnošenje ponuda. U nedavnom predmetu Højgaard konzorcij dvaju društava bio je odabran u postupku predodabira i podnio ponudu u postupku javne nabave, ali je nakon toga prestao postojati prije nego što je ugovor dodijeljen. Potom je jedno od društava, Aarsleff, tražilo da zamijeni konzorcij kao prethodno odabranog ponuditelja u postupku. Ta je promjena prihvaćena, a društvu Aarsleff dodijeljen je ugovor. Dodjela je osporavana pred nacionalnim sudovima, a ovom Sudu upućeno je pitanje o sukladnosti izmjene u sastavu konzorcija s načelom jednakog postupanja.

33. U svojoj presudi Sud je naveo da pravila o izmjenama u sastavu konzorcija tijekom postupka poziva na nadmetanje općenito ulaze u nadležnost država članica¹¹. Međutim, kako bi se osiguralo poštovanje načela jednakog postupanja, Aarsleff je morao sam za sebe biti u mogućnosti zadovoljiti uvjete za predodabir¹².

9 — Vidjeti analogijom presudu od 6. studenoga 2014., *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, t. 45.), u kojoj se smatralo da su promjene u vezi s identitetom osobe koja je označena kao tehnički direktor više nego samo formalne naravi i da kao takve predstavljaju dostatan temelj za isključenje ponuditelja.

10 — Vidjeti analogijom mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzija u predmetu *MT Højgaard i Züblin* (C-396/14, EU:C:2015:774, t. 80. i sljedeće).

11 — Presuda od 24. svibnja 2016., *MT Højgaard i Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, t. 35.)

12 — Vidjeti također presudu od 23. siječnja 2003., *Makedoniko Metro i Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47). U tom predmetu konzorcij ponuditelja tražio je *da proširi* svoj sastav nakon podnošenja ponuda. To mu je formalno bilo zabranjeno na temelju nacionalnog prava. Sud je zaključio da je takva zabrana u skladu s Direktivom Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim uslugama (SL 1992., L 209 str. 1. do 24.) (neslužbeni prijevod) (koja je prethodila Direktivi 2004/18).

34. Slično tomu, kada javni naručitelj od ponuditelja zatraži da ukloni unose sa svojeg popisa iskustava, on se, naravno, može i dalje oslanjati na preostale unose. Međutim, on na novi popis ne može dodati iskustvo treće strane¹³.

35. Stoga predlažem da se na prvo pitanje nacionalnog suda odgovori na način da se gospodarski subjekt ne može prvi put oslanjati na iskustvo treće strane nakon isteka roka za podnošenje ponuda. S obzirom na taj odgovor, drugo i treće pitanje nacionalnog suda (koja se odnose na uvjete pod kojima je moguće podnijeti dokaze o iskustvu treće strane) u velikoj mjeri nisu relevantna. Doista, kada se subjekt uopće ne može pozivati na treću stranu, za njega ne bi imalo smisla da podnosi izjave te treće strane ili dokaze o njezinu iskustvu.

36. S obzirom na navedeno, predlažem da se na prva tri pitanja nacionalnog suda odgovori kako slijedi:

Članak 51. Direktive 2004/18, zajedno s načelom jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima i načelom transparentnosti iz njezina članka 2., ne dopušta da neki gospodarski subjekt u okviru pojašnjenja ili nadopune dokumenata navede ugovore koje su ispunile treće strane, koje nije naveo u popisu isporuka koji je priložen ponudi, ili da podnese izjavu takve treće strane da svoje resurse stavlja na raspolaganje ponuditelju.

B – Četvrto pitanje

37. Četvrto pitanje odnosi se na činjenicu da se od ponuditelja u glavnom postupku na temelju dokumentacije za nadmetanje zahtijeva da su ispunili „barem dva ugovora”, od kojih svaki obuhvaća bijeli i sivi sektor, kao što je to navedeno u gornjoj točki 13. ovog mišljenja. Slijedom zahtjeva za pojašnjenje javnog naručitelja, KK je naveo dvije isporuke Medinet i isporuku Nowy Sącz.

38. S obzirom na navedeno, nacionalni sud u biti želi doznati je li moguće oslanjanje na iskustvo koje proizlazi iz isporuka Medinet i isporuke Nowy Sącz kako bi se ispunio zahtjev od „barem dva ugovora” koji su ispunjeni, u skladu s člankom 44. i člankom 48. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2004/18 i načelom jednakog postupanja iz članka 2. iste direktive.

39. Iz teksta navedene direktive jasno proizlazi da se gospodarski subjekti u okviru postupka javne nabave općenito mogu osloniti na sposobnosti drugih subjekata¹⁴. To opće pravilo također je u skladu s ciljem otvaranja tržišta javne nabave što većem tržišnom natjecanju¹⁵, a Sud ga je opetovano potvrđivao¹⁶. Sposobnosti na koje se neki subjekt oslanja stoga mogu biti „razdijeljene” ili „podijeljene” među različitim subjektima, naravno, pod uvjetom da će subjekt u praksi imati na raspolaganju nužne resurse tih drugih subjekata¹⁷.

40. Ipak, kako bi se osiguralo ispunjenje „minimalnih zahtjeva sposobnosti” ili „minimalnih razina sposobnosti”¹⁸, oslanjanje na treće strane iznimno se može ograničiti. To je tako u slučaju „radova s posebnostima koje zahtijevaju određene sposobnosti koje nije prikladno ostvariti kumuliranjem manjih sposobnosti nekoliko subjekata”. Takvi zahtjevi moraju biti „vezani uz i razmjerni predmetu ugovora”¹⁹.

13 — Iako u ovom predmetu nije o tome riječ, ne isključujem mogućnost da se ponuditelju može dopustiti oslanjanje na drugo *vlastito* iskustvo.

14 — Vidjeti, primjerice, članak 4. stavak 2. (konzorcij), članak 25. (podizvođenje) i članak 48. stavak 3. (oslanjanje na treće strane) te direktive.

15 — Vidjeti presudu od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, t. 34. i navedenu sudsku praksu).

16 — Vidjeti, primjerice, presude od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, t. 30. do 32.); od 2. prosinca 1999., Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, t. 26. i 27.) i od 18. ožujka 2004., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, t. 43.).

17 — Članak 48. stavak 3. Direktive 2004/18

18 — Vidjeti članak 44. stavak 2. navedene direktive.

19 — Presuda od 10. listopada 2013., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, t. 35.), koja odražava tekst članka 44. stavka 2. Direktive 2004/18.

41. U ovom slučaju u dokumentaciji za nadmetanje zahtijeva se ispunjenje „barem dvaju ugovora” koji pokrivaju određeno područje (HIS). Iz razmatranja u gornjim točkama slijedi da taj zahtjev može biti propisan kao minimum i isključivati oslanjanje na treće strane, pod uvjetom da je „vezan uz predmet ugovora i razmjeran predmetu ugovora”.

42. Je li to slučaj ili nije činjenično je pitanje o kojem odluku mora donijeti nacionalni sud.

43. Ipak, nacionalni sud podrazumijeva da postoji kvalitativna razlika između, s jedne strane, dokumentacije za nadmetanje kojom je propisano akumulirano, opetovano iskustvo u jednom području i, s druge strane, one kojom je propisano iskustvo u nizu zasebnih područja.

44. Slažem se da intuitivno takva razlika postoji. Kombiniranje iskustava iz različitih sektora nije uvijek moguće – međusektorsko iskustvo ili dubinsko iskustvo s integriranim sustavima može biti nezamjenjivo. Međutim, takve interdisciplinarnе kombinacije vjerojatno su manje problematične od običnog dodavanja godina iskustva ili pojedinačnih ugovora. Društvo koje izvršava drugi ugovor na istom području postupat će imajući u vidu svoje prijašnje iskustvo, uz moguće različite nove uvide²⁰.

45. Naposljetku, pravno pravilo u obama slučajevima ipak ostaje isto. Opseg u kojem iskustvo jednog subjekta koji je izvršio dva ugovora mogu zamijeniti dva subjekta od kojih je svaki izvršio jedan ugovor činjenično je pitanje o kojem odluku mora donijeti nacionalni sud.

46. U svojem pitanju nacionalni sud izričito navodi da se relevantno iskustvo i izvršenje ugovora „ne mogu dijeliti”. To podrazumijeva da je nacionalni sud već zaključio (a) da je mogućnost zajedničkog oslanjanja na iskustvo isključena i (b) da je to isključenje „vezano uz predmet ugovora i razmjerno predmetu ugovora”. U mjeri u kojoj je to uistinu slučaj, odredbe Direktive 2004/18 koje navodi nacionalni sud dopuštaju javnom naručitelju da isključi oslanjanje na resurse drugog subjekta kombiniranjem znanja i iskustva dvaju subjekata.

47. S obzirom na navedeno, predlažem da se na četvrto pitanje nacionalnog suda odgovori kako slijedi:

Članak 44. Direktive 2004/18 u vezi s člankom 48. stavkom 2. točkom (a) i načelom jednakog postupanja iz njezina članka 2. ne dopušta gospodarskom subjektu da se u smislu članka 48. stavka 3. te direktive oslanja na znanje i iskustvo drugog subjekta ako je javni naručitelj izričito isključio mogućnost takvog oslanjanja. Međutim, takvo isključenje mora biti vezano uz predmet ugovora i biti mu razmjerno.

C – Peto pitanje

48. Svojim petim pitanjem nacionalni sud traži pojašnjenje uvjeta pod kojima se gospodarski subjekt može osloniti na prijašnje iskustvo što ga je stekla skupina društava koje je bio član. To se pitanje odnosi na činjenicu da je obje isporuke u glavnom postupku – isporuku Nowy Sącz i isporuku Słupsk – izvršio konzorcij dvaju društava, KK i KIT. Razumijem da nacionalni sud želi utvrditi može li se KK bezuvjetno osloniti na to iskustvo kako bi podupro svoju ponudu, odnosno je li bitna uloga koju je KK imao u isporuci²¹.

49. Smatram da su zapravo presudni posebna uloga i s njom povezano iskustvo člana konzorcija.

20 — Radi ilustracije, ako bih htio angažirati odvjetnika koji ima devet godina iskustva s poreznim pravom, pravom društava i trgovačkim pravom, mogao bih prihvatiti tri odvjetnika, od kojih svaki ima devet godina iskustva s, redom – poreznim pravom, pravom društava i trgovačkim pravom. Međutim, mogao bih više oklijevati oko angažiranja triju odvjetnika od kojih svaki ima tri godine iskustva s kombinacijom svih triju grana prava. A svakako ne bih angažirao devet odvjetnika, od kojih svaki ima godinu dana iskustva.

21 — Iz zahtjeva jasno proizlazi da se KK ni na koji način ne želi osloniti na KIT-ovo iskustvo kao na „drugog subjekta” u smislu članka 48. stavka 3. Direktive 2004/18, već radije kao svoje vlastito prikazuje iskustvo stečeno u okviru konzorcija.

50. Članak 44. i članak 48. stavak 2. točka (a) Direktive 2004/18 predviđaju procjenjivanje ponuda, među ostalim, na temelju iskustva, kako ga dokazuju popisi radova i isporuka izvršenih posljednjih godina. Posjedovanje iskustva potrebnog za izvršenje ugovora očito nije jednako poznavanju nekoga tko ima takvo iskustvo. Slično tomu, iskustvo se ne može steći samo na temelju činjenice da je netko formalno bio stranka ugovora ili konzorcija.

51. Sud koji je uputio zahtjev to prikladno opisuje primjerom konzorcija triju društava koja grade autocestu: banke (koja financira projekt), građevinskog poduzeća (koje stvarno obavlja izgradnju) i društva koje pruža usluge (koje nudi pravne, upravne i računovodstvene usluge). Jasno je da financiranje takvog projekta ne znači da banka raspolaže iskustvom koje je potrebno za izgradnju autoceste.

52. Naposljetku, međutim, točna uloga svakog društva i iskustvo koje će steći ovise o posebnim okolnostima. Moguće je, primjerice, da je banka imala vodeću ulogu u pogledu financiranja, ali da je društvo koje pruža usluge bilo usko povezano s tim dijelom projekta, stječući time određenu razinu iskustva na tom području. Takva razina iskustva mogla bi biti u potpunosti prikladna i dostatna u kontekstu drugog postupka javne nabave koja se odnosi na drugi projekt. A možda to i ne bi bila. To su činjenična pitanja.

53. Slično tomu, točna uloga koju je društvo KK imalo u isporuci Nowy Sącz (i isporuci Słupsk)²² kao i pitanje odgovara li to zahtjevu koji se odnosi na iskustvo iz poziva na nadmetanje činjenično je pitanje na koje odgovor mora dati nacionalni sud.

54. Naposljetku, gore navedena razmatranja odnose se na situaciju u kojoj gospodarski subjekt prijašnje isporuke koje je izvršila skupina subjekata predstavlja *posebno kao svoje vlastito iskustvo*. Ta razmatranja ne dovode u pitanje mogućnost gospodarskog subjekta da se osloni na sposobnosti trećih strana, kao što je to, primjerice, propisano u članku 48. stavku 3. Direktive 2004/18 i detaljnije razmotreno u gornjoj točki 39.

55. S obzirom na navedeno, predlažem da se na četvrto pitanje nacionalnog suda odgovori kako slijedi:

Članak 44. i članak 48. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da se gospodarski subjekt koji je izvršio neki ugovor kao član skupine gospodarskih subjekata kao na vlastito iskustvo može pozvati samo na ono iskustvo koje je sâm stekao prilikom izvršenja tog ugovora. Taj zaključak ne utječe na mogućnost gospodarskog subjekta da se osloni na sposobnosti trećih strana, sukladno uvjetima propisanim tom direktivom.

D – Sedmo pitanje

56. Sedmo pitanje odnosi se na činjenicu da se isporuka Słupsk u glavnom postupku sastojala od dvaju različitih ugovora na temelju kojih je nastalo usporedno iskustvo (u bijelom i sivom sektoru), dok se u pozivu na nadmetanje i u dokumentaciji za nadmetanje navode ugovori koji obuhvaćaju i bijeli i sivi sektor zajedno²³.

57. U tim okolnostima nacionalni sud traži pojašnjenje uvjeta pod kojima se iskustvo stečeno u okviru dvaju zasebnih ugovora može prikazati kao zajedničko, kako bi se ispunio zahtjev za koji nije izričito bilo navedeno da ga je moguće dijeliti.

22 — Województwo Łódzkie na usmenoj raspravi potvrdilo je da se društvo KK više formalno ne oslanja na isporuku Słupsk.

23 — Kad se društvo KK više ne bi pozivalo na isporuku Słupsk, ovo bi pitanje potencijalno bilo moguće smatrati hipotetskim. Međutim, kako iz zahtjeva za prethodnu odluku ne proizlazi jasno poziva li se ono i dalje na isporuku Słupsk, primjenjuje se opća pretpostavka relevantnosti pitanja.

58. Zbog niže navedenih razloga smatram da na to pitanje treba odgovoriti na način da bi subjektima općenito trebalo biti omogućeno da na ovaj način spoje „razdijeljeno” iskustvo. Potpuno isključenje javnog naručitelja takve mogućnosti trebalo bi biti iznimno.

59. Iz odgovora koje Sudu predlažem na gornje četvrto i peto pitanje proizlazi, među ostalim, da u Direktivi 2004/18 nije precizno propisano kako je relevantno iskustvo trebalo biti stečeno, odnosno tko ga je morao steći. Tako je pod određenim uvjetima općenito moguće da se subjekt oslanja na iskustvo stečeno: (a) u okviru ugovora koje je sam potpisao; (b) u okviru ugovora koje je potpisala skupina subjekata koje je on dio; ili (c) od trećih strana.

60. Postavlja se pitanje je li ukupno iskustvo na koje se gospodarski subjekt može istinski osloniti, bilo ono njegovo vlastito ili iskustvo treće strane, dovoljno za izvršenje ugovora.

61. Slijedom toga, činjenica da je to iskustvo tehnički stečeno u okviru dvaju ili više zasebnih ugovora, a ne u okviru jednoga, načelno ne bi trebala biti bitna. Ako je kombinirano iskustvo dovoljno za izvršenje ugovora, to bi trebalo biti dostatno.

62. Naime, propisani zahtjevi mogu se ispuniti spajanjem sposobnosti ili iskustava koji su podijeljeni među *različitim subjektima*. *A fortiori*, jednostavno ne bi bilo logično načelno isključiti mogućnost spajanja sposobnosti ili iskustava koje je *isti subjekt stekao* u okviru *različitih ugovora*.

63. Ograničenja u pogledu kombiniranja iskustava različitih subjekata mogu se odrediti kada su „vezana uz predmet ugovora i razmjerna predmetu ugovora”²⁴. Prema mojem mišljenju, to obrazloženje i ta ograničenja mogu se analogijom primijeniti na razdjeljivanje iskustva na različite ugovore koje je izvršio isti subjekt. Tako, primjerice, javni naručitelj načelno može navesti da je određene zahtjeve koji se odnose na iskustvo moguće ispuniti jedino oslanjanjem na pojedinačne ugovore od kojih svaki podrazumijeva iskustvo na različitim područjima. Međutim, takav zahtjev mora biti potreban, proporcionalan i vezan uz predmet ugovora.

64. Na nacionalnom je sudu da utvrdi ispunjava li te uvjete iskustvo koje se traži u određenom postupku javne nabave o kojem je riječ. Međutim, potrebno je istaknuti sljedeće opće pretpostavke.

65. Kao prvo, postupci javne nabave načelno bi trebali biti otvoreni za tržišno natjecanje²⁵. S obzirom na tu svrhu, isključivanje oslanjanja na iskustvo treće strane treba predstavljati iznimku. Jednako vrijedi i za isključenje „razdijeljenog” iskustva. Posljedično, u slučaju kad bilo kakvo takvo isključenje ne postoji u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama, nije samo tako moguće pretpostaviti da ono postoji. Ono mora biti jasno navedeno.

66. Kao drugo, nacionalni sud posebno upućuje na članak 2. Direktive 2004/18, u kojem je također navedeno načelo jednakog postupanja. Prema mojem mišljenju, potonje ne bi trebalo stvarati nikakve brige u pogledu zajedničkog oslanjanja na iskustvo stečeno u okviru zasebnih ugovora ako je (a) *bilo kojem* gospodarskom subjektu koji podnosi ponudu načelno dopušteno zajedničko oslanjanje na takve ugovore; ili (b) to nije dopušteno *nijednom* gospodarskom subjektu (kada je javni naručitelj isključio takvu mogućnost).

24 — Vidjeti gornju točku 40.

25 — Vidjeti gornju točku 25.

67. Kao treće, ako to zajedničko oslanjanje nije isključeno, na javnom je naručitelju – što podliježe provjeri nacionalnih sudova – da utvrdi je li u konkretnom slučaju kombinirano iskustvo dvaju ili više ugovora dovoljno da bi ispunilo zahtjeve propisane u dokumentaciji za nadmetanje. Doista, čak i kad se načelno mogu kombinirati dva ili više ugovora, moguće je da u konkretnom slučaju ukupno iskustvo jednostavno bude nedovoljno. Prilikom te ocjene treba uzeti u obzir sve relevantne elemente kao što su, primjerice, odnos između različitih ugovora²⁶ i posebni zahtjevi²⁷.

68. S obzirom na navedeno, predlažem da se na sedmo pitanje nacionalnog suda odgovori kako slijedi:

Članak 44. i članak 48. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 u vezi s načelom jednakog postupanja iz članka 2. te direktive dopuštaju pozivanje gospodarskog subjekta na iskustvo na način da se oslanja na dva ili više ugovora zajedno kao da su jedan ugovor, osim ako je javni naručitelj izričito isključio mogućnost takvog zajedničkog oslanjanja. Svako takvo isključenje mora biti vezano uz predmet ugovora i biti mu razmjerno.

E – Šesto pitanje

69. Svojim šestim pitanjem nacionalni sud pita može li se ponuditelj isključiti iz sudjelovanja kao da je „kriv za ozbiljno lažno prikazivanje” (pri dostavljanju podataka ili zato što ih nije dostavio) prema članku 45. stavku 2. točki (g) Direktive 2004/18, neovisno o njegovu svjesnom elementu. Taj sud također postavlja pitanje omogućuje li ta odredba isključenje ponude ako ponuditelj zapravo ne ispunjava natječajne uvjete, ali je domišljato dostavio podatak koji je tehnički točan kako bi stvorio dojam da ih ispunjava.

70. Državi članici na temelju teksta članka 45. stavka 2. točke (g) dana je mogućnost²⁸ isključivanja ponuditelja u određenim slučajevima lažnog prikazivanja. Do takvog lažnog prikazivanja može doći pri dostavljanju „potrebnih” podataka, primjerice kako bi dokazao svoje sposobnosti, ili kad su izostavljeni.

71. Tako se, s obzirom na uobičajeno značenje svojeg teksta, članak 45. stavak 2. točka (g) odnosi na situacije u kojima neki subjekt izostavi ili uključi određene podatke koji javnog naručitelja navode na pogrešno razumijevanje njegovih sposobnosti.

72. Nije svako lažno prikazivanje temelj za isključenje. Upotreba riječi „ozbiljan” ili „ozbiljno” podrazumijeva da sama dostava netočnih podataka nije dovoljna da bi se primijenio članak 45. stavak 2. točka (g) i da treba prijeći određeni prag ozbiljnosti.

73. Međutim, nije jasno kako se utvrđuje ozbiljnost. Usporedbom različitih jezičnih verzija samo se povećava dvosmislenost u tom pogledu. U nekim jezičnim verzijama riječ koja označava težinu ili ozbiljnost povezana je s pojmom „krivnje”²⁹, što bi se vjerojatno moglo shvatiti kao da se zahtijeva određena svjesnost ili stupanj nemara. U drugim jezičnim verzijama riječ koja označava težinu ili ozbiljnost povezana je s lažnim prikazivanjem, što znači da je u središtu sam čin i/ili njegove posljedice³⁰.

26 — Bilo kakve formalne veze između ugovora i sličnosti u pogledu opsega, klijenata ili razdoblja za izvršenje itd.

27 — Integrirana narav zatražene usluge, razdoblje za isporuku i bilo koji prikladni minimalni zahtjevi sposobnosti itd.

28 — „Svaki gospodarski subjekt *može* biti isključen [...]” (moje isticanje).

29 — Na francuskom, talijanskom, španjolskom i nizozemskom, redom: *gravement coupable*; *gravamente colpevole*; *gravamente culpable*; *in ernstige mate schuldig*.

30 — Na engleskom, njemačkom i češkom, redom: „kriv za ozbiljno lažno prikazivanje”; *in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig*; *který se dopustil vážného zkraslení*. S druge strane, u drugim jezičnim verzijama, osobito u slovačkoj, potpuno je izostavljeno bilo kakvo upućivanje na težinu, bilo u vezi sa svjesnošću ili posljedicama čina – *bol uznany vinným zo skreslovanie skutočnosti*.

74. Posljednji podstavak članka 45. stavka 2. Direktive 2004/18 mogao bi biti od pomoći. Njime se od država članica zahtijeva da u skladu s nacionalnim pravom navedu „provedbene uvjete” za članak 45. stavak 2. Stoga se članak 45. stavak 2. točka (g) može razumjeti na način da propisuje minimalne uvjete za utvrđivanje lažnog prikazivanja koje je dovoljno ozbiljno da bi država članica na temelju njega mogla isključiti ponuditelja. Njegova svrha, međutim, nije potpuno usklađenje pojma³¹. To se shvaćanje također podudara s uskim shvaćanjem temelja za isključenje i s potrebom pojedinačnog ocjenjivanja individualnog slučaja svakog subjekta.

75. S čime se podudara taj minimalni stupanj ozbiljnosti? Zbog niže navedenih razloga smatram da bi se „ozbiljnost” trebala odnositi na (objektivne) posljedice dostavljanja ili propuštanja dostavljanja podataka, neovisno o (subjektivnom) svjesnom elementu ili namjeri osobe koja ih daje.

76. Prema mojem mišljenju, *samo* radnje ili propuštanja čija je posljedica nastanak konkurentske prednosti zbog koje subjekt ostaje u postupku javne nabave, a inače u njemu ne bi ostao, mogu ući u područje primjene članka 45. stavka 2. točke (g)³². Drugim riječima, kad lažno prikazivanje (dostavljanjem ili propuštanjem dostave podataka) ne može imati utjecaj na ishod, ne može biti valjano opravdanje za isključenje subjekta. U nastavku to nazivam „uvjetom koji se odnosi na ishod”.

77. To shvaćanje podupiru jezične verzije u kojima se ističe ozbiljnost lažnog prikazivanja. Za njega se može smatrati da je u skladu s verzijama koje ističu ozbiljnost „krivnje”. Ono također odražava cilj otvorenosti javne nabave za tržišno natjecanje i u skladu je s uskim shvaćanjem temelja za isključenje. Ako je ponuditelj najkompetentniji za izvršenje ugovora, bilo na temelju najbolje cijene ili najpovoljnije ponude³³, njegovo isključivanje bilo bi protivno svrsi Direktive 2004/18 da se osigura dodjela ugovora na temelju objektivnih kriterija, dobivanjem najbolje vrijednosti za novac³⁴.

78. Iz toga slijedi da je uvjet koji se odnosi na ishod uvjet *sine qua non* za bilo koje isključenje na temelju lažnog prikazivanja.

79. Štoviše, smatram da se članak 45. stavak 2. točka (g) u teoriji može primijeniti u *svakom slučaju* kad je ispunjen uvjet koji se odnosi na ishod. Doista, ako dostavljanje ili propuštanje dostave određenih podataka može utjecati na ishod, ono je već *samo za sebe ozbiljno*. U tom pogledu, moguće je da se dogodi da u konkretnim okolnostima „očita” ili „manja” pogreška ili „strogo administrativna pogreška” ima neočekivanu posljedicu koja bi mogla bitno promijeniti ishod postupka. Takve pogreške mogu biti potpuno nenamjerne. Međutim, očito nije riječ o manjim ili trivijalnim pogreškama u očima natjecatelja koji ne uspije u postupku ili je slijedom toga stavljen u znatno nepovoljniji položaj.

80. Stoga smatram da je *sâmo* ispunjenje uvjeta koji se odnosi na ishod *dovoljno da bi bilo moguće isključenje* zbog lažnog prikazivanja, pri čemu nije potrebno da se ispune daljnji uvjeti. Naime, takvo shvaćanje pojma lažnog prikazivanja iz članka 45. stavka 2. točke (g), oslobođeno od bilo kakvih subjektivnih elemenata namjere na strani ponuditelja, potkrepljuju tri argumenta navedena u nastavku.

81. Kao prvo, članak 45. stavak 2. točka (g) Direktive 2004/18 uopće općenito ne spominje svjesni element ili namjeru, nepažnju odnosno nemar, niti se u njemu pokušavaju odrediti ti pojmovi. U tim okolnostima nije primjereno pokušati odrediti područje primjene članka 45. stavka 2. točke (g) na temelju tako kompleksnih pojmova koje bi trebalo odrediti praktično ni iz čega. Sama ta činjenica

31 — Vidjeti također članak 45. stavak 2. točku (d) Direktive 2004/18, u kojem je predviđena mogućnost isključivanja kad su gospodarski subjekti „krivi za težak profesionalni propust”. Kao što je to navela Komisija, sudska praksa Suda u kojoj se tumači ta odredba odnosi se na ulogu država članica u utvrđivanju tog pojma, ali i na potrebu postojanja minimalnog stupnja ozbiljnosti prije nego što dođe do primjene te odredbe.

32 — Koje materijalno utječu, primjerice, na postupak predodabira ili na dodjelu ugovora.

33 — Vidjeti članak 53. stavak 1. navedene direktive.

34 — Vidjeti, primjerice, uvodnu izjavu 46. navedene direktive.

upućuje na objektivno shvaćanje odredbe, poput onoga koje sam ovdje predložio. Štoviše, u članku 45. stavku 2. samo su navedeni temeljni uvjeti pod kojima pravo Unije daje *mogućnost* isključivanja ponuditelja. Pritom izričito upućuje na nacionalno pravo radi utvrđivanja provedbenih uvjeta, koji, primjerice, mogu uključivati pojmove nemara ili namjere u nacionalnom pravu.

82. Kao drugo, za to se veže praktično pitanje: može li se od administrativnog tijela razumno očekivati da u kontekstu postupka javne nabave, u kojem često postupa pod znatnim vremenskim pritiskom i u kojem se potencijalno susreće s određenim brojem opsežnih ponuda, prouči i utvrdi namjeru društva? Posve je jasno da takav prijedlog ne može funkcionirati.

83. Kao treće, čak i kad bi administrativno tijelo moglo utvrditi namjeru društva, koliko bi to zapravo bilo korisno? Od subjekata koji sudjeluju u postupcima javne nabave općenito se očekuje da postupaju s dužnom pažnjom³⁵. Za poslovne subjekte jednostavno se pretpostavlja da znaju postupati i da postupaju s dužnom pažnjom. To podrazumijeva da bi se, osim namjere, mogli razmotriti i drugi oblici nemara. Ako bi to uistinu bio slučaj, tada svjesni element zapravo ne bi predstavljao nikakav pravi razlikovni kriterij.

84. Stoga uvjet koji se odnosi na ishod predstavlja uvjet *sine qua non* i dovoljan je sam za sebe za primjenu članka 45. stavka 2. točke (g). Međutim, to samo otvara *mogućnost* za državu članicu da isključi gospodarskog subjekta. Sukladno posljednjem podstavku članka 45. stavka 2., detaljni uvjeti pod kojima gospodarske subjekte u praksi treba isključiti iz postupka trebaju biti određeni na nacionalnoj razini.

85. Zaključno, nacionalni je sud u vezi s člankom 45. stavkom 2. točkom (g) Direktive 2004/18 izričito postavio pitanje može li do primjene te odredbe doći prilikom upotrebe *točnog* podatka koji je predstavljen na tendenciozan način. Drugim riječima, na način zbog kojeg se čini da su propisani zahtjevi ispunjeni a da to u stvarnosti nisu. Pitanje nacionalnog suda u tom smislu predviđa situaciju u kojoj subjekt ne ispunjava navedene zahtjeve.

86. U takvoj bi situaciji subjekt obično bio isključen samo zato što ne ispunjava propisane zahtjeve. Takav bi ponuditelj mogao ostati u postupku samo ako svoju ponudu izmijeni na način da *ispunjava* zahtjeve. I samo bi u takvim okolnostima uopće trebalo razmatrati isključenje na temelju članka 45. stavka 2. točke (g) Direktive 2004/18.

87. Kao što sam to naveo u okviru ocjene prvog pitanja, postoje jasne granice za dopustivost izmjene ponude nakon proteka roka. Takve granice lako bi bilo moguće prijeći kada zbog promjene nastaje velika razlika poput one o kojoj je riječ (odnosno razlika između neispunjenja propisanih zahtjeva prije izmjene i njihova ispunjenja nakon izmjene).

88. Međutim, pod pretpostavkom da su takve izmjene u teoriji moguće, bi li navedeni subjekt ipak mogao biti isključen zbog lažnog prikazivanja u svojoj prvoj ponudi?

89. Smatram da je odgovor na to pitanje potvrđan jer bi takav subjekt *potencijalno* mogao biti isključen. To je tako zato što je (a) subjekt na početku propustio dostaviti podatke propisane člankom 48. stavkom 2. točkom (a) (što predstavlja jednu od vrsta lažnog prikazivanja iz članka 45. stavka 2. točke (g) Direktive 2004/18) i (b) to propuštanje bilo bitno na način da je moglo utjecati na ishod postupka (uvjet koji se odnosi na ishod).

35 — Vidjeti presudu od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr. (C-599/10, EU:C:2012:191, t. 38.).

90. Stoga nije toliko riječ o pitanju koliko se subjekt uistinu koristi „graničnim načinima promoviranja” svojeg stvarnog iskustva. Prije je riječ o tome da je, neovisno o tome kako je predstavio svoje iskustvo, na početku propustio dostaviti „potrebne” podatke prema članku 48. stavku 2. točki (a), a naknadno podnošenje tog podatka promijenilo je ishod postupka.

91. S obzirom na navedeno, predlažem da se na šesto pitanje nacionalnog suda odgovori kako slijedi:

Gospodarski subjekt može biti kriv za ozbiljno lažno prikazivanje prema članku 45. stavku 2. točki (g) Direktive 2004/18 samo u slučajevima kada navodno lažno prikazivanje može utjecati na odluku javnog naručitelja na način da ga i dalje ostavlja u postupku, a inače to ne bi bio slučaj. Primjena te odredbe ovisi o dostavljanju ili propustu da se dostave podaci koji su potrebni sukladno poglavlju VII. odjeljku 2. Direktive 2004/18/EZ. Primjena članka 45. stavka 2. točke (g) te direktive ne ovisi o dostavi činjenično netočnih podataka ili bilo kojem posebnom svjesnom elementu gospodarskog subjekta.

V – Zaključak

92. Predlažem Sudu da na pitanja koja mu je uputila Krajowa Izba Odwoławcza (Nacionalna žalbena komisija, Poljska) odgovori kako slijedi:

Prvo, drugo i treće pitanje:

Članak 51. 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 (u daljnjem tekstu Direktiva 2004/18/EZ), zajedno s načelom jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima i načelom transparentnosti iz njezina članka 2., ne dopušta da neki gospodarski subjekt u okviru pojašnjenja ili nadopune dokumenata navede ugovore koje su ispunile treće strane, koje nije naveo u popisu isporuka koji je priložen ponudi, ili da podnese izjavu takve treće strane da svoje resurse stavlja na raspolaganje ponuditelju.

Četvrto pitanje:

Članak 44. Direktive 2004/18 u vezi s člankom 48. stavkom 2. točkom (a) i načelom jednakog postupanja iz njezina članka 2. ne dopušta gospodarskom subjektu da se u smislu članka 48. stavka 3. te direktive oslanja na znanje i iskustvo drugog subjekta ako je javni naručitelj izričito isključio mogućnost takvog oslanjanja. Međutim, takvo isključenje mora biti vezano uz predmet ugovora i biti mu razmjerno.

Peto pitanje:

Članak 44. i članak 48. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da se gospodarski subjekt koji je izvršio neki ugovor kao član skupine gospodarskih subjekata kao na vlastito iskustvo može pozvati samo na ono iskustvo koje je sâm stekao prilikom izvršenja tog ugovora. Taj zaključak ne utječe na mogućnost gospodarskog subjekta da se osloni na sposobnosti trećih strana, sukladno uvjetima propisanim Direktivom 2004/18.

Šesto pitanje: Gospodarski subjekt može biti kriv za ozbiljno lažno prikazivanje prema članku 45. stavku 2. točki (g) Direktive 2004/18 samo u slučajevima kada navodno lažno prikazivanje može utjecati na odluku javnog naručitelja na način da ga i dalje ostavlja u postupku, a inače to ne bi bio slučaj. Primjena te odredbe ovisi o dostavljanju ili propustu da se dostave podaci koji su potrebni sukladno poglavlju VII. odjeljku 2. Direktive 2004/18. Primjena članka 45. stavka 2. točke (g) te direktive ne ovisi o dostavi činjenično netočnih podataka ili bilo kojem posebnom svjesnom elementu gospodarskog subjekta.

Sedmo pitanje:

Članak 44. i članak 48. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 u vezi s načelom jednakog postupanja iz članka 2. te direktive dopuštaju pozivanje gospodarskog subjekta na iskustvo na način da se oslanja na dva ili više ugovora zajedno kao da su jedan ugovor, osim ako je javni naručitelj izričito isključio mogućnost takvog zajedničkog oslanjanja. Svako takvo isključenje mora biti vezano uz predmet ugovora i biti mu razmjerno.