



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
PAOLA MENGOZZIJA
od 25. studenoga 2015.¹

Predmet C-396/14

**MT Højgaard A/S,
Züblin A/S
protiv
Banedanmark**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu, Danska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Članak 267. UFEU-a – Nadležnost Suda – Kvalifikacija tijela koje je uputilo zahtjev kao ‚suda‘ – Neovisnost – Direktiva 2004/17/EZ – Javna nabava – Pregovarački postupak – Načelo jednakog postupanja – Izmjena zajednice gospodarskih subjekata tijekom provedbe postupka javne nabave – Dodjela ugovora društvu koje nije izabrano tijekom postupka predodabira“

1. Ako je tijekom postupka predodabira odabrana zajednica gospodarskih subjekata koja je dostavila ponudu u okviru provedbe postupka javne nabave, ali je prije sklapanja ugovora raspuštena zbog stečaja jednog od dvaju članova, može li javni naručitelj, s obzirom na načelo jednakog postupanja, preostalom članu, koji se nije prijavio kao takav i stoga nije izabran tijekom postupka predodabira, dopustiti da nastavi s postupkom i s njim sklopiti ugovor?

2. Tako u bitnome glasi pitanje, koje još nikada nije postavljeno, koje je Sudu uputilo tijelo Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) u okviru spora koji suprotstavlja MT Højgaard A/S i Züblin A/S (u daljnjem tekstu zajedno se nazivaju MTHZ), zajednicu gospodarskih subjekata koja je sudjelovala u postupku javne nabave, i Banedanmark, agenciju za upravljanje željezničkom infrastrukturom u Danskoj, koja je u ovom postupku nastupala u svojstvu javnog naručitelja. MTHZ pred sudom koji je uputio zahtjev ističe da je Banedanmark povrijedio načelo jednakog postupanja predviđeno člankom 10. Direktive 2004/17/EZ² jer je društvu Per Aarsleff A/S (u daljnjem tekstu: Aarsleff), preostalom članu zajednice gospodarskih subjekata raspuštene tijekom postupka, dopustio da sudjeluje u pozivu na nadmetanje umjesto te zajednice, iako Aarsleff nije izabran tijekom postupka predodabira.

3. U ovom je predmetu danska vlada najprije zatražila od Suda da navede razloge zašto Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) predstavlja sud u smislu članka 267. UFEU-a. Nadalje, što se tiče meritornog odgovora na pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev, Sud će morati pronaći pravednu ravnotežu između javnog interesa naručitelja da se u postupcima javne nabave

1 – Izvorni jezik: francuski

2 – Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetske i prometne i sektoru poštanskih usluga (SL L 134, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1. str. 43.)

uspostavi najveća moguća konkurencija kako bi se osiguralo što veće sudjelovanje ponuditelja u pozivu na nadmetanje, s jedne strane, te interesa odnosno prava svih ponuditelja koji sudjeluju u pozivu na nadmetanje da se na njihovo sudjelovanje u postupku primjenjuje strogo poštovanje jednakih mogućnosti za sve ponuditelje, s druge strane.

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

4. Ugovor o kojem je riječ u glavnom postupku odnosi se na izgradnju željezničkih pruga, zbog čega se na njega primjenjuju odredbe Direktive 2004/17, koja se obično naziva „sektorskom direktivom”.

5. Uvodna izjava 9. Direktive 2004/17 glasi: „[k]ako bi se zajamčilo otvaranje ugovora o javnoj nabavi tržišnom natjecanju, a koje sklapaju subjekti koji djeluju u [...] prometnom sektoru [...], potrebno je izraditi propise za usklađivanje ugovora iznad određene vrijednosti na razini Zajednice. To se usklađivanje temelji na zahtjevima koji se mogu zaključiti iz članaka 14., 28. i 49. Ugovora o osnivanju Europske zajednice i iz članka 97. Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju, i to na načelu jednakog tretmana, čije je načelo nediskriminacije samo određeniji izraz [...]. S obzirom na prirodu sektora na koje se to usklađivanje odnosi, ono bi trebalo uspostaviti okvir za dobru trgovinsku praksu i omogućiti maksimalnu fleksibilnost uz istodobno osiguranje primjene tih načela.”

6. Člankom 10. te direktive, naslovljenim „Načela sklapanja ugovora“, predviđeno je da „[n]aručitelji postupaju s gospodarskim subjektima na jednak i nediskriminirajući način te djeluju transparentno“.

7. Člankom 11. stavkom 2. te direktive utvrđeno je da „[z]ajednice gospodarskih subjekata mogu dostaviti ponude ili se mogu predložiti za natjecatelje. Naručitelji ne smiju od tih zajednica zahtijevati da poprime određeni pravni oblik kako bi mogle podnijeti ponudu ili zahtjev za sudjelovanje; međutim, to se može tražiti od odabrane zajednice kad je sklopljen ugovor u onoj mjeri u kojoj je ta promjena potrebna za zadovoljavajuće izvršavanje ugovora“.

8. U članku 51. iste direktive, naslovljenom „Opće odredbe”, koji čini dio Poglavlja VII., pod nazivom „Provedba postupka”, utvrđeno je sljedeće:

„1. Za potrebe odabira sudionika u svojim postupcima nabave:

- (a) naručitelji, nakon što su utvrdili pravila i kriterije za isključenje ponuditelja ili natjecatelja u skladu s člankom 54. stavcima 1., 2. ili 4., isključuju gospodarske subjekte koji udovoljavaju tim pravilima i koji zadovoljavaju te kriterije;
- (b) oni odabiru ponuditelje i natjecatelje u skladu s objektivnim pravilima i kriterijima utvrđenima sukladno članku 54.;
- (c) u ograničenim i pregovaračkim postupcima s pozivom na nadmetanje, oni će, po potrebi, smanjiti, u skladu s člankom 54. broj natjecatelja odabranih sukladno točkama (a) i (b).

[...]

3. Naručitelji provjeravaju udovoljavaju li ponude koje su dostavili odabrani ponuditelji pravilima i zahtjevima koji se primjenjuju na ponude te sklapaju ugovor na temelju kriterija utvrđenih u člancima 55. i 57.”

9. Člankom 54. Direktive 2004/17 predviđeni su uvjeti sposobnosti koje utvrđuju javni naručitelji, a u zadnjem dijelu stavka 3. tog članka utvrđeno je da se u ograničenim ili pregovaračkim postupcima „pri određivanju broja odabranih natjecatelja treba uzeti u obzir potrebu za osiguranjem odgovarajućeg natjecanja”.

10. Direktiva 2004/17 bit će stavljena izvan snage Direktivom 2014/25/EU³ s učinkom od 18. travnja 2016.

B – Dansko pravo

11. Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) osnovan je Zakonom br. 344 o žalbenom vijeću u području javne nabave (lov n. 344 om Klagenævnet for Udbud) od 6. lipnja 1991. Organizacija i djelovanje žalbene komisije uređeni su Zakonom br. 492 o provedbi pravila o javnoj nabavi (lov n. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer) od 12. svibnja 2010., kako je izmijenjen (u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi), kao i uredbom br. 887 o žalbenoj komisiji u području javne nabave (bekendtgørelse n. 887/2011 om Klagenævnet for Udbud) od 11. kolovoza 2011., kako je izmijenjena.

12. U članku 2. prvom stavku Zakona o određenim komercijalnim djelatnostima (lov om visse erhvervsdrivende virksomheder), objavljenog Uredbom o konsolidaciji br. 1295 od 15. studenoga 2013., pojam „interessentskab” (javno trgovačko društvo, u daljnjem tekstu: I/S) definiran je kao „društvo u kojem su svi članovi obvezani osobno, neograničeno i solidarno”. I/S je samostalna pravna osoba i pravni subjekt s pravnom sposobnošću.

II – Činjenice glavnog postupka, nacionalni postupak i prethodno pitanje

13. U siječnju 2013. Banedanmark je u skladu s Direktivom 2004/17 objavio obavijest o postupku javne nabave u skladu s pregovaračkim postupkom za provedbu projekta pod nazivom „TP 4 Urban Tunnels” u okviru izgradnje nove željezničke linije između Kopenhagena (Danska) i Ringsteda (Danska).

14. Iz njegovih specifikacija proizlazi da je pokrenutim postupkom predviđeno dostavljanje triju ponuda te da će nakon podnošenja prvih dviju biti proveden pregovarački postupak, dok će na temelju treće i posljednje biti dodijeljen ugovor. Iz poziva na nadmetanje također je vidljivo da Banedanmark namjerava pozvati četiri do šest kandidata da dostave ponude te da će, u slučaju da broj kandidata premaši šest, provesti predodabir na temelju upućivanja na slične radove. Za izbor u postupku predodabira nije predviđen nikakav minimalni zahtjev.

15. Prijavilo se pet gospodarskih subjekata, a Banedanmark je u postupku predodabira odabrao svih pet kandidata. Međutim, u lipnju 2013. jedno se društvo povuklo, zbog čega su ostala samo četiri ponuditelja odabrana u postupku predodabira.

16. Među njima je bila i zajednica ponuditelja koja se sastojala od društava E. Pihl & Søn A/S (u daljnjem tekstu: Pihl) te Aarsleff, koja je u postupku predodabira sudjelovala kao konzorcij u svojstvu javnog trgovačkog društva pod nazivom „JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S”. Društva Pihl i Aarsleff bila su među najvećim građevinskim poduzećima u Danskoj. Dana 26. kolovoza 2013. društva Pihl i Aarsleff sklopila su ugovor o konzorciju u obliku javnog trgovačkog društva.

3 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17 (SL L 94, str. 243.)

17. Međutim, tog je istog dana donesena presuda o stečaju društva Pihl. Banedanmark je o tome obaviješten tog dana poslijepodne, nakon čega je od društva Aarsleff odmah zatražio informacije o posljedicama stečaja na postupak javne nabave koji je bio u tijeku.

18. Unatoč izvaji o stečaju donesenoj prethodnog dana, I/S je 27. kolovoza 2013. dostavio prvu ponudu, koju su potpisala društva Aarsleff i Pihl, ali ne i stečajni upravitelj Pihla.

19. Nakon duge prepiske s društvom Aarsleff o upravljanju posljedicama stečaja društva Pihl, Banedanmark je 15. listopada 2013. obavijestio sve ponuditelje o svojoj odluci da društvu Aarsleff dopusti samostalni nastavak sudjelovanja u postupku javne nabave, unatoč stečaju društva Pihl.

20. U svojem priopćenju Banedanmark je opravdao tu odluku činjenicom da društvo Aarsleff ispunjava uvjete za sudjelovanje u postupku nadmetanja bez tehničkih i financijskih sposobnosti društva Pihl te naveo da činjenica da je društvo Pihl bilo povezano sa zajednicom ne predstavlja odlučujući čimbenik za prihvaćanje njegova sudjelovanja. Banedanmark je u tom priopćenju također naglasio činjenicu da društvo Pihl neće biti zamijenjeno novim ponuditeljem unutar zajednice i da će stoga odabrani ponuditelji ostati isti, s obzirom na to da nijednom novom subjektu nije dopušteno sudjelovati u postupku nadmetanja. Banedanmark je također istaknuo da je društvo Aarsleff preuzelo više od 50 zaposlenika društva Pihl nakon otvaranja stečajnog postupka, uključujući ključne osobe za provođenje projekta na koji se odnosi postupak javne nabave.

21. Nadalje, Aarsleff je dostavio drugu ponudu pod vlastitim imenom te je objasnio da podnosi ponudu u svojstvu sljednika zajednice koju je činio s društvom Pihl, da se stečajni upravitelj nije izjasnio o tome želi li nastaviti s ugovorom o uspostavi zajednice te da je društvo Aarsleff zbog toga raskinulo taj ugovor. Nakon ocjene drugih zaprimljenih ponuda, Banedanmark je, u skladu s uvjetima utvrđenima u pozivu na nadmetanje, odlučio zadržati tri ponude koje je smatrao najisplativijima te je od triju odabranih ponuditelja zatražio da dostave treću i posljednju ponudu. Među tim ponuditeljima bili su Aarsleff i MTHZ. Posljednja ponuda dostavljena je 12. prosinca 2013.

22. Dana 20. prosinca 2013. Banedanmark je obavijestio tri odabrana ponuditelja da je odlučio dodijeliti ugovor društvu Aarsleff, čija je ponuda, ukupno gledajući u smislu kvalitete i cijene, najpovoljnija.

23. Nakon te odluke društvo MTHZ pokrenulo je postupak pred sudom koji je uputio zahtjev i od njega zatražilo, s jedne strane, da utvrdi je li Banedanmark povrijedio načela jednakog postupanja i transparentnosti u smislu članka 10. Direktive 2004/17 time što je društvu Aarsleff dopustio sudjelovati u postupku javne nabave umjesto zajednice koju je to društvo činilo s društvom Pihl, iako društvo Aarsleff nije bilo odabrano u okviru postupka predodabira. S druge strane, društvo MTHZ zahtijeva poništenje odluke o sklapanju ugovora s društvom Aarsleff.

24. Iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, donesene 28. siječnja 2014., proizlazi da je sud koji je uputio zahtjev odbio priznati odgovorni učinak tužbe koju je podnijelo društvo MTHZ jer nije ispunjen uvjet hitnosti. Međutim, sud koji je uputio zahtjev u toj odluci smatra da je ispunjen uvjet koji se odnosi na *fumus boni iuris* jer se, prema njegovu mišljenju, na temelju ispitivanja tužbe može na prvi pogled zaključiti da će u konačnoj odluci zahtjev za poništenje koji je podnijelo društvo MTHZ vjerojatno biti prihvaćen. U tom smislu sud koji je uputio zahtjev najprije ističe da valja razlikovati situaciju u kojoj do izmjene zajednice dolazi prije dodjele ugovora od one u kojoj do izmjene zajednice dolazi nakon te dodjele. Nadalje, smatra da činjenica da je javni naručitelj u postupku predodabira izabrao određenu zajednicu ne znači da bi u postupku predodabira bio pojedinačno izabran svaki od članova zajednice, neovisno o činjenici da javni naručitelj na temelju ponude može utvrditi ispunjava li svaki član zajednice utvrđene zahtjeve.

25. U svojoj odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) najprije ističe da u danskom pravu ne postoji nijedna odredba kojom se zabranjuje izmjena sastava zajednice poduzetnika koja sudjeluje u postupku javne nabave nakon podnošenja ponuda. Nadalje, navedeno tijelo napominje da Banedanmark u pozivu na nadmetanje nije utvrdio minimalne kvalitativne zahtjeve koji se odnose na tehničku sposobnost ponuditelja te da je morao provesti kvalitativnu ocjenu ponuda samo ako broj ponuditelja premašuje šest. U tim okolnostima, a na temelju dostavljenih informacija o društvu Aarsleff, valja smatrati utvrđenim to da bi to društvo također bilo izabrano u postupku predodabira da je neposredno dostavilo ponudu a da se nije kandidiralo u okviru zajednice koju je činilo s društvom Pihl.

26. Međutim, Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) ima određene sumnje o sukladnosti primijenjenog postupka s načelom jednakog postupanja. U tim okolnostima odlučio je prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Trebali li načelo jednakog postupanja iz članka 10. u vezi s člankom 51. Direktive 2004/17/EZ [...] tumačiti na način da mu se protivi to da, u situaciji poput one u glavnom postupku, javni naručitelj sklopi ugovor s ponuditeljem koji se nije prijavio za postupak predodabira i zato u njemu nije bio odabran?”

III – Postupak pred Sudom

27. Odluku kojom se upućuje prethodno pitanje Sud je zaprimio 20. kolovoza 2014. MTHZ, danska vlada i Europska komisija podnijeli su očitovanja i sudjelovali su na raspravi održanoj 8. rujna 2015.

IV – Pravna analiza

28. Prije nego što odgovorim na prethodno pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev, moram se osvrnuti na pitanje nadležnosti Suda koje je postavila danska vlada.

A – Nadležnost Suda

29. Prema danskoj vladi, iako je u presudi Unitron Scandinavia i 3-S⁴ Sud već priznao da tijelo koje je uputilo zahtjev u ovom predmetu, odnosno Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu), predstavlja „sud” u smislu članka 267. UFEU-a, s obzirom na elemente koje je Sud uzeo u obzir u nedavnoj presudi TDC⁵, koja se odnosila na priznavanje svojstva suda jednom drugoj žalbenoj komisiji po danskom pravu, odnosno tijelu Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija), valja objasniti može li se i zbog čega Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) smatrati sudom.

30. U tom smislu valja podsjetiti da, prema ustaljenoj sudskoj praksi, pri ocjenjivanju ima li tijelo koje je uputilo zahtjev svojstvo „suda” u smislu članka 267. UFEU-a, što je pitanje koje je isključivo u domeni prava Europske unije, Sud mora voditi računa o nizu čimbenika, kao što su pravna osnova tijela koje mu se obratilo, njegova stalnost, obvezna nadležnost, kontradiktornost postupka, primjena pravnih pravila tog tijela kao i njegova neovisnost⁶.

4 — C-275/98, EU:C:1999:567. Među ostalim vidjeti točku 15., u kojoj se upućuje na točke 17. i 18. mišljenja nezavisnog odvjetnika Albera u istom predmetu (C-275/98, EU:C:1999:384).

5 — C-222/13, EU:C:2014:2265

6 — Vidjeti, među ostalim, presude Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, t. 21.) i TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, t. 27.).

31. Kad je riječ o kriterijima koji se odnose na zakonski izvor tijela koje je uputilo zahtjev, njegovu stalnost, kontradiktornost postupka i primjenu pravnih pravila, nijednim elementom u spisu ne dovodi se u pitanje ima li, u smislu članka 267. UFEU-a, Klagenevnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) karakter suda, kako je Sud priznao u presudi Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567). S druge strane, na temelju informacija dostavljenih Sudu u okviru tog postupka valja provesti detaljniju analizu kriterija koji se odnose na pitanje je li njegova nadležnost obvezna te je li to tijelo neovisno, s obzirom na to da je na temelju posljednjeg kriterija Sud u presudi TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) zaniijekao kvalifikaciju tijela Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija) kao suda.

32. Prvo, kad je riječ o obveznoj naravi nadležnosti tijela Klagenevnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu), istaknuo bih samo kako se ne čini da se okolnošću prema kojoj je nadležnost tog tijela isključiva samo tijekom takozvanog razdoblja mirovanja (*standstill*)⁷ te prema kojoj nakon tog razdoblja postaje alternativa nadležnosti sudova dovodi u pitanje karakter tog tijela kao suda.

33. Naime, iz sudske prakse proizlazi da postojanje pravnog lijeka koji predstavlja alternativu sudskom postupku ne isključuje nužno mogućnost da se tijelo pred kojim se pokreće alternativni postupak smatra „sudom države članice” u smislu članka 267. UFEU-a, pod uvjetom da je odluka tijela koje je uputilo zahtjev obvezujuća, što u ovom predmetu nije dovedeno u pitanje⁸, i da je predmetno tijelo zaista tijelo predviđeno zakonom čija nadležnost ne ovisi o volji stranaka⁹. Nadalje, budući da je glavni postupak pokrenut tijekom razdoblja mirovanja (*standstill*), nadležnost tijela Klagenevnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) u tom je trenutku bila obvezna.

34. Drugo, kad je riječ o kriteriju neovisnosti, valja podsjetiti da je pojam neovisnosti svojstven zadaći suđenja i ponajprije podrazumijeva da je predmetno tijelo treća strana u odnosu na ono koje je donijelo odluku koja je predmet postupka. Iz navedene sudske prakse proizlazi da taj pojam podrazumijeva vanjski kut gledanja, koji pretpostavlja da to tijelo mora biti zaštićeno od vanjskih utjecaja ili pritiska koji mogu ugroziti neovisnu prosudbu njegovih članova u pogledu postupka pred njima, te unutarnji kut gledanja, koji se dovodi u vezu s pojmom neovisnosti i kojemu je cilj osiguranje jednake distance prema strankama spora i njihovim pripadajućim interesima te prema predmetu spora. Ta jamstva neovisnosti i nepristranosti pretpostavljaju postojanje pravila – osobito u pogledu sastava tijela, imenovanja, trajanja funkcija te razloga za nesudjelovanje u odlučivanju, izuzeće i opoziv njegovih članova – koja omogućuju da se otkloni bilo kakva opravdana sumnja građana u pogledu nemogućnosti utjecaja vanjskih čimbenika na navedeno tijelo i njegove neutralnosti u odnosu na međusobno suprotstavljene interese¹⁰.

35. U presudi TDC, na koju se poziva danska vlada, Sud je zaključio da Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija) ne predstavlja sud u smislu članka 267. UFEU-a jer je ocijenio da to tijelo ne ispunjava kriterij neovisnosti. Sud svoj zaključak temelji na dvama elementima. Prvo, kad je riječ o vanjskom kutu gledanja neovisnosti, Sud je istaknuo da, iako su danskim zakonodavstvom predviđena posebna jamstva za opoziv sudaca pravosudnih sudova, uvjeti za opoziv članova tijela Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija) nisu uređeni određenim zakonodavstvom, nego se u slučaju zloupotrebljavajućeg opoziva primjenjuju samo opća pravila upravnog prava i radnog prava¹¹. S druge strane, kad je riječ o unutarnjem kutu gledanja neovisnosti,

7 — Vidjeti članak 3. stavak 1. i članak 5. stavak 1. Zakona o javnoj nabavi.

8 — U smislu članaka 13., 14. i 16. do 18. Zakona o javnoj nabavi, Klagenevnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu), među ostalim, može poništavati nezakonite odluke ili dodjele ugovora, izdavati naloge, izricati novčane sankcije, odlučivati o naknadi štete i poništavati ugovore.

9 — Vidjeti presudu Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, t. 22. i 23. i navedenu sudsku praksu). Također vidjeti potpunu analizu sudske prakse o tom pitanju navedenu u mišljenju nezavisnog odvjetnika Jääskinena u istom predmetu (C-203/14, EU:C:2015:445, t. 40. i slj.).

10 — Vidjeti, među ostalim, presudu Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, t. 49. do 53. i navedenu sudsku praksu).

11 — Presuda TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, t. 34. do 36.)

Sud je isključio mogućnost da Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija) ima status treće strane u odnosu na predmetne interese te je zaključio da, u slučaju pokretanja tužbe protiv jedne od njegovih odluka pred pravosudnim sudovima, to tijelo sudjeluje u postupku u svojstvu tuženika¹².

36. Međutim, prema informacijama kojima Sud raspolaže, Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) ne ispunjava nijedan od dvaju uvjeta koje je Sud uzeo u obzir u presudi TDC.

37. Prvo, kad je riječ o unutarnjem kutu gledanja neovisnosti, danska je vlada izričito potvrdila, kako u svojim očitovanjima tako i tijekom rasprave, da, za razliku od Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija), Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) nije stranka u predmetima pokrenutima pred običnim sudovima protiv svojih odluka. Stoga ne postoji razlog za sumnju u svojstvo treće strane u odnosu na predmetne interese.

38. Drugo, kad je riječ o vanjskom kutu gledanja neovisnosti, valja istaknuti da iz spisa kojim Sud raspolaže proizlazi da postoje znatne razlike između tijela Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija) i Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) u smislu njihova sastava, jamstava protiv opoziva njihovih članova i njihova funkcioniranja.

39. Iz relevantnih odredaba Zakona o javnoj nabavi proizlazi da je Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu), koji je, među ostalim, osnovan u svrhu provedbe Direktive 89/665/EEZ¹³, sastavljen od predsjednika i određenog broja potpredsjednika (koji čine predsjedništvo) kao i određenog broja stručnih članova; sve te članove imenuje ministar gospodarstva i rasta (Erhvervs- og vækstministeren) na razdoblje od najviše četiri godine¹⁴.

40. Međutim, za razliku od Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija), predsjedništvo Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) moraju činiti suci općinskih sudova i viših regionalnih sudova¹⁵. Kako je to Sud istaknuo u presudi TDC¹⁶, ti suci uživaju posebnu zaštitu od opoziva. Kako je to utvrđeno tijekom rasprave, čini se da ta zaštita, utvrđena u članku 64. danskog Ustava, također obuhvaća predsjedništvo žalbenog vijeća.

41. Nadalje, iz analize zakonskih odredaba proizlazi da članovi predsjedništva u postupku donošenja odluka Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) imaju znatno važniju ulogu od stručnih članova. Naime, uobičajeni sastav tog tijela čini član predsjedništva koji djeluje kao predsjednik i stručni član. U slučaju jednakog broja glasova pri donošenju odluke, predsjednikov je glas odlučujući¹⁷. Osim toga, članovi predsjedništva mogu donijeti određene odluke bez sudjelovanja stručnih članova¹⁸ i imaju većinsku važnost u donošenju odluka u složenijim predmetima ili onima koji se odnose na načelna pitanja¹⁹.

12 — *Ibid.* (t. 37.)

13 — Direktiva Vijeća od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima, kako je izmijenjena (SL L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3.)

14 — Vidjeti članak 9. stavke 1. i 2. prvi podstavak Zakona o javnoj nabavi.

15 — Vidjeti članak 9. stavak 2. drugi podstavak Zakona o javnoj nabavi.

16 — Presuda TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, t. 35.)

17 — Vidjeti članak 10. stavak 4. prvi podstavak i stavak 5. Zakona o javnoj nabavi. U skladu s prvom odredbom, osim u slučaju opisanom u stavku 6. tog članka, član predsjedništva i stručni član sudjeluju u rješavanju pojedinačnog predmeta. U skladu s drugom odredbom, odluke Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) donose se običnom većinom, a u slučaju jednakog broja glasova presudan je predsjednikov glas.

18 — Vidjeti članak 10. stavak 6. Zakona o javnoj nabavi.

19 — Vidjeti članak 10. stavak 4. Zakona o javnoj nabavi, u skladu s kojim predsjednik Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) u određenim slučajevima može odlučiti povećati broj članova predsjedništva i stručnih članova koji sudjeluju u rješavanju predmeta. U takvom slučaju broj članova predsjedništva mora odgovarati broju stručnih članova. Iz te odredbe, koja se primjenjuje u složenijim predmetima ili u predmetima koji se odnose na načelna pitanja, proizlazi da je u takvim posebno važnim predmetima Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) sastavljen od jednakog broja članova predsjedništva i stručnih članova, što podrazumijeva, s obzirom na činjenicu da je predsjednikov glas odlučujući, da članovi predsjedništva imaju većinsku važnost pri donošenju odluka.

42. Doduše, čini se da za jedan dio članova Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu), odnosno stručne članove, kao i za članove Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija), danskim pravom nisu predviđena konkretna pravila u smislu njihova opoziva, nego se u slučaju zloupotrebljavajućeg opoziva primjenjuju samo opća pravila upravnog prava i radnog prava.

43. Međutim, u tom smislu primjećujem da – ako je istina da je Sud u nekim svojim odlukama potvrdio da se, kako bi se smatralo da je ispunjen uvjet koji se odnosi na neovisnost tijela koje je uputilo zahtjev, sudskom praksom, među ostalim, zahtijeva da slučajevi opoziva članova tog tijela budu utvrđeni u izričitim zakonodavnim odredbama²⁰ – valja istaknuti da bi u tim predmetima utvrđivanje nepostojanja takvih pravila predstavljalo samo jedan element ocjene, koji je, doduše, vrlo bitan, ali čini samo dio ukupne analize²¹ elemenata kojima se određuje svojstvo predmetnog tijela koje je uputilo zahtjev. Na temelju ukupne analize svih tih elemenata Sud je u tim predmetima zanijekao kvalifikaciju predmetnih tijela kao sudova²². Nadalje, Sud je u određenim slučajevima, posebno u pogledu nacionalnih tijela odgovornih za žalbe u području javne nabave u skladu s Direktivom 89/665, priznao svojstvo suda tijelu koje je uputilo zahtjev, bez postavljanja pitanja o postojanju tih pravila²³.

44. U ovom predmetu valja istaknuti da – osim što je velik dio članova Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu), među ostalim, oni koji imaju važniju ulogu u postupku donošenja odluka, obuhvaćen posebnim jamstvom protiv opoziva, odnosno ustavnim jamstvom – iz spisa također proizlazi da postoje drugi elementi koji potkrepljuju neovisnost tog tijela u odnosu na moguće vanjske pritiske i intervencije. Dakle, Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) ima svojstvo treće strane u odnosu na nadležno tijelo koje je donijelo odluku koja je predmet tužbe u glavnom postupku²⁴. Ne postoji nikakva funkcionalna veza s tijelom Erhvervsstyrelsen (danska agencija za poduzetništvo), koje mu stavlja na raspolaganje tajništvo, ni s javnim naručiteljima čije se odluke pred njim pobijaju²⁵. Osim toga, Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) svoje funkcije obavlja posve samostalno a da se pritom ne nalazi u hijerarhijskom ili podređenom odnosu u bilo kojem pogledu i da ne prima naloge ili ikakve upute²⁶. Svi članovi dužni su neovisno obavljati svoje dužnosti²⁷. Nadalje, budući da Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) može, među ostalim, utvrditi nezakonitost odluka ili sklopljenih ugovora kao i izdavati naloge u odnosu na dodijeljene ugovore, u osnovi ima funkciju suda²⁸.

45. Konačno, valja podsjetiti da je Sud u okviru ocjene pravnog statusa nacionalnih tijela iz Direktive 89/665 nadležnih za pravnu zaštitu u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi već potvrdio svojstvo „suda” u smislu članka 267. UFEU-a mnogim drugim nacionalnim tijelima koja su u bitnome usporediva s tijelom koje je uputilo zahtjev u ovom predmetu²⁹.

46. S obzirom na sva prethodna razmatranja, prema mojem mišljenju, nije potrebno dovoditi u pitanje zaključak Suda iz presude Unitron Scandinavia i 3-S prema kojem Klagenævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) ima svojstvo „suda” u smislu članka 267. UFEU-a.

20 — Rješenje Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, t. 24. *in fine*) i presuda TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, t. 32.)

21 — Vidjeti presudu Syfait i dr. (C-53/03, EU:C:2005:333, t. 37.).

22 — Vidjeti analizu Suda u presudama Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, t. 37. do 43.) i Syfait i dr. (C-53/03, EU:C:2005:333, t. 30. do 37.) i rješenje Pilato (C-109/07, EU:C:2008:274, t. 25. do 30.). Vidjeti također presudu TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), u kojoj se odluka Suda temelji na dvama elementima, odnosno na elementu koji se odnosi na unutarnji kut gledanja i elementu koji se odnosi na vanjski kut gledanja, kako bi se zanijekala neovisnost tijela Teleklagenævnet (žalbena komisija u području telekomunikacija) (vidjeti t. 35. ovog mišljenja).

23 — Vidjeti, među ostalim, presudu HI (C-92/00, EU:C:2002:379, t. 24. do 28.).

24 — Vidjeti presudu Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, t. 19. i navedenu sudsku praksu).

25 — Vidjeti, *a contrario*, presudu Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, t. 37. do 40.).

26 — Vidjeti presudu Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, t. 19. i navedenu sudsku praksu).

27 — Vidjeti članak 1. stavak 4. Uredbe br. 887 od 11. kolovoza 2011. o žalbenom vijeću u području javne nabave. Za relevantnost tog elementa vidjeti presudu Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, t. 35.).

28 — Vidjeti presudu Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, t. 37.).

29 — Vidjeti presudu Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, t. 26. i navedenu sudsku praksu).

B – Prethodno pitanje

47. Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjem pita treba li načelo jednakog postupanja iz članka 10. u vezi s člankom 51. Direktive 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća tumačiti na način da mu se protivi to da, u situaciji poput one u glavnom postupku, javni naručitelj sklopi ugovor s ponuditeljem koji se nije prijavio za postupak predodabira pa stoga u njemu nije bio odabran.

48. Prethodno pitanje proizlazi iz činjeničnog konteksta u kojem je zajednica dvaju poduzeća koja je osnovana u obliku trgovačkog društva i odabrana u postupku predodabira u okviru postupka javne nabave raspuštena nakon stečaja jednog od dvaju članova te u kojem je javni naručitelj preostalom članu dopustio sudjelovati u postupku umjesto zajednice te mu je u konačnici dodijelio ugovor, unatoč činjenici da taj član kao takav nije izabran u postupku predodabira. Sud koji je uputio zahtjev u svojem prethodnom pitanju upućuje pravu na takvu situaciju.

49. Dakle, prethodno pitanje u bitnome se odnosi na mogućnost da javni naručitelj, s obzirom na načelo jednakog postupanja, članu zajednice gospodarskih subjekata koji nije pojedinačno izabran u postupku predodabira dopusti preuzeti mjesto zajednice tijekom postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi.

1. Primjenjivi normativni okvir

50. Najprije valja istaknuti da Direktiva 2004/17 ne sadržava nijedno konkretno pravilo koje se odnosi na izmjene sastava zajednice gospodarskih subjekata.

51. Jedina odredba te direktive koja se odnosi na zajednice gospodarskih subjekata jest njezin članak 11. stavak 2.³⁰, koji se ipak ne odnosi na izmjenu sastava zajednice tijekom postupka javne nabave. Dakle, budući da Direktiva ne sadržava nijednu odredbu kojom se uređuju takve izmjene, valja zaključiti da način na koji se one uređuju spada u nadležnost država članica³¹. U tim je okolnostima, općenito govoreći, dužnost nacionalnog zakonodavca ili, u određenom slučaju, javnog naručitelja da utvrdi pravila u tom pogledu³².

52. Kad je riječ o tom pitanju, također valja istaknuti da je Sud u presudi *Makedoniko Metro i Michaniki*³³ presudio da Direktivi 93/37 o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima³⁴ nije protivno nacionalno zakonodavstvo kojim je zabranjena izmjena sastava zajednice poduzetnika koja sudjeluje u postupku javne nabave nakon podnošenja ponuda.

53. Međutim, u ovom slučaju iz rješenja kojim se upućuje prethodno pitanje proizlazi, prvo, da danskim zakonodavstvom nisu predviđena konkretna pravila koja se odnose na izmjene sastava zajednica gospodarskih subjekata te, drugo, da ni javni naručitelj u pozivu na nadmetanje nije predvidio posebna pravila u tom pogledu.

30 — Vidjeti točku 7. ovog mišljenja. Ovaj je članak u bitnome prenesen u članak 37. stavke 2. i 3. Direktive 2014/25.

31 — Vidjeti, po analogiji i u vezi s Direktivom Vijeća 93/37/EEZ od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima (SL L 199, str. 54.), presudu *Makedoniko Metro i Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47, t. 61.).

32 — U okviru tih pravila zakonodavac ili javni naručitelj uvijek je dužan poštovati opća pravna načela. Vidjeti u tom pogledu uvodnu izjavu 9. Direktive 2004/17 i, još izričitije, uvodnu izjavu 2. Direktive 2004/18 Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL L 134, str. 114.). Također vidjeti uvodnu izjavu 2. Direktive 2014/25.

33 — C-57/01, EU:C:2003:47, t. 61. i 63.

34 — Vidjeti bilješku 31.

54. U tim okolnostima dopustivost izmjena sastava zajednica gospodarskih subjekata tijekom postupka javne nabave podliježe općim pravnim načelima koja čine dio pravnog poretka Unije, među ostalim, načelima jednakog postupanja i transparentnosti, predviđenima u članku 10. Direktive 2004/17, i ograničena je s obzirom na poštovanje tih načela.

2. Načelo jednakog postupanja u postupcima javne nabave

55. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, načelom jednakog postupanja zahtijeva se da se u usporedivim situacijama ne postupa na različite načine i da se u različitim situacijama ne postupa na isti način, osim ako bi takvo postupanje bilo objektivno opravdano³⁵.

56. Sud je u nekoliko navrata potvrdio da načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima i obveza javnih naručitelja da osiguraju poštovanje tog načela predstavljaju osnovu pravila prava Unije u području javne nabave³⁶.

57. Načelom jednakog postupanja prema ponuditeljima, čija je svrha poticanje zdravog i djelotvornog tržišnog natjecanja među poduzetnicima koji sudjeluju u postupku javne nabave, nameće se da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta svojih ponuda imaju jednake izgleda i podrazumijeva podvrgavanje tih ponuda istim uvjetima za sve ponuditelje³⁷. To načelo podrazumijeva da svi ponuditelji moraju biti ravnopravni *tijekom cijelog postupka javne nabave*, osobito kako u trenutku u kojem pripremaju svoje ponude tako i u trenutku kad javni naručitelj ocjenjuje te ponude³⁸.

58. Doduše, Sud je presudio da jedan od ciljeva pravila u području javne nabave jest uspostava najveće moguće konkurencije, da je u interesu prava Unije da se osigura što veće sudjelovanje ponuditelja u pozivu na nadmetanje³⁹ i da ta uspostava najveće moguće konkurencije nije zamišljena samo s obzirom na interes Unije u području slobodnog kretanja roba i usluga nego je i u interesu predmetnog javnog naručitelja, koji će na taj način imati veći izbor kako bi odabrao najpovoljniju ponudu koja je najbolje prilagođena potrebama predmetne javnosti⁴⁰.

59. Međutim, u području javne nabave valja uzeti obzir ne samo potrebu za osiguranjem učinkovite konkurencije nego i poštovanje načela jednakog postupanja među ponuditeljima. Dakle, ako je Sud potvrdio da primjena načela jednakog postupanja u postupcima sklapanja javnih ugovora ne predstavlja svrhu sama po sebi, nego je valja razmatrati s obzirom na ciljeve kojima pridonosi⁴¹, provedbu i ispunjenje cilja koji se odnosi na poticanje uspostave najveće moguće konkurencije moguće je postići samo ako su gospodarski subjekti koji sudjeluju u postupku javne nabave ravnopravni, bez opasnosti od diskriminacije⁴². Budući da poticanje učinkovite konkurencije čini dio većeg cilja poticanja konkurencije, koja, osim što mora biti učinkovita, mora biti zdrava, ostvarivanje tog cilja nužno je ograničeno poštovanjem načela jednakog postupanja među ponuditeljima⁴³.

35 — Vidjeti, među ostalim, presude Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, t. 27. i navedenu sudsku praksu) te Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, t. 30.).

36 — Vidjeti u tom smislu presude Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, t. 26.) i Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, t. 45. i navedenu sudsku praksu).

37 — Vidjeti u tom smislu presude Komisija/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, t. 110.) i eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 33.).

38 — Vidjeti u tom smislu presude SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, t. 33. i 34.) i Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:731, t. 45. i navedenu sudsku praksu) te rješenje Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi (C-502/11, EU:C:2012:613, t. 38.). Moje isticanje.

39 — Vidjeti u tom smislu presude Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, t. 26.) i CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, t. 37.).

40 — Presuda CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, t. 37.). U slučaju pregovaračkih postupaka zahtjev za „odgovarajuću“ konkurenciju izričito je naveden u članku 54. stavku 3. Direktive 2004/17, navedenom u točki 9. ovog mišljenja.

41 — Vidjeti u tom smislu presudu Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, t. 29.).

42 — Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika Légera u spojenim predmetima Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2004:709, t. 22.) i mišljenje nezavisnog odvjetnika Poiarsa Madura u predmetu Michaniki (C-213/07, EU:C:2008:544, t. 23.).

43 — Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika Poiarsa Madura u spojenim predmetima La Cascina i dr. (C-226/04 i C-228/04, EU:C:2005:524, t. 26.).

60. U tom smislu valja istaknuti da, kako su to naglasili pojedini intervenijenti, ako se ponuditelji nalaze u konkurentnom okruženju, načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima može imati odlučujuću ulogu u dodjeli ugovora. Nakon sklapanja ugovora naglasak se prebacuje na njegovu provedbu. U tim okolnostima događaji kao što su izmjene zajednice kojoj je dodijeljen ugovor u načelu ne dovode do pitanja koja se odnose na jednako postupanje prema ponuditeljima, nego do pitanja koja se odnose na moguće izmjene ključnih uvjeta predmetnog ugovora⁴⁴ ili ugrožavanje njegove pravilne provedbe⁴⁵.

61. S obzirom na ta načela valja analizirati ograničenja, utvrđena na temelju načela jednakog postupanja u slučaju kao što je predmetni, mogućnosti javnog naručitelja da prije dodjele ugovora gospodarskom subjektu koji nije prvotno odabran u postupku predodabira dopusti naslijediti drugoga gospodarskog subjekta, među ostalim, zajednicu odabranu u okviru postupka predodabira čiji je bio član.

3. Mogućnost naručitelja da gospodarskom subjektu koji nije odabran u okviru postupka predodabira dopusti naslijediti drugoga gospodarskog subjekta u postupku javne nabave

62. Čini se da se intervenijenti slažu da, u načelu, u okviru poziva na nadmetanje s postupkom predodabira ponude mogu dostaviti samo ponuditelji odabrani u okviru postupka predodabira te se samo takvim ponuditeljima može dodijeliti ugovor.

63. Slažem se s tim pristupom, čiji se, kako je to pravilno istaknuo MTHZ, izričiti normativni temelj nalazi u članku 51. stavku 3. Direktive 2004/17. Naime, tom se odredbom, kojom se predviđa da naručitelji „provjeravaju udovoljavaju li ponude koje su dostavili *odabrani* ponuditelji pravilima i zahtjevima koji se primjenjuju na ponude”, pretpostavlja istovjetnost odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude⁴⁶. Dakle, prema tom načelu, mora postojati pravna i materijalna istovjetnost odabranog gospodarskog subjekta i onoga koji podnosi ponudu te gospodarskog subjekta kojemu u konačnici može biti dodijeljen ugovor.

64. U tom smislu valja utvrditi da je, za razliku od Komisijinih tvrdnji tijekom rasprave, prema mojem mišljenju, sasvim izvjesno da u ovom slučaju ne postoji ni pravna ni materijalna istovjetnost zajednice osnovane u obliku I/S-a i društva Aarsleff. Iako je Aarsleff bio jedan od članova I/S-a, nesumnjivo je da on čini pravnu osobu koja se materijalno i zakonski razlikuje od zajednice čiji je prethodno bio član.

65. Nakon tog objašnjenja postavlja se pitanje dopuštaju li se, s obzirom na načelo jednakog postupanja, kako je tumačeno u točkama 55. do 59. ovog mišljenja, načelom nužne istovjetnosti odabranog ponuditelja i ponuditelja koji je dostavio ponudu iznimke, među ostalim, u okolnostima kao što su one u glavnom postupku.

66. Prema mojem mišljenju, područje primjene tog načela ne mora biti apsolutno i može dopuštati iznimke. Smatram da je moguće zamisliti slučajeve, doduše ograničene, u kojima promjena identiteta ponuditelja tijekom postupka treba biti dopuštena, među ostalim, s obzirom na zahtjev za očuvanje najveće moguće konkurencije u okviru postupka dodjele ugovora.

44 — Vidjeti presudu Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 40. i slj.).

45 — U tom smislu valja istaknuti da je u članku 89. stavku 1. točki (d) podtočki ii. Direktive 2014/25 izričito uređen slučaj izmjene ugovaratelja nakon dodjele ugovora. Tom je odredbom predviđeno da nije potrebno provesti novi postupak nabave, među ostalim, ako novi ugovaratelj zamjenjuje onoga kojemu je javni naručitelj prvotno dodijelio ugovor zbog „općeg ili djelomičnog nasljeđivanja prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja poduzeća, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost, od strane drugog gospodarskog subjekta koji ispunjava prvotno utvrđene kriterije za kvalitativni odabir, pod uvjetom da to ne znači druge značajne izmjene ugovora te da nema za cilj zaobilaženje primjene ove Direktive“.

46 — U okviru propisa koji se primjenjuju na pregovaračke postupke s prethodnim pozivom na nadmetanje, članak 47. stavak 2. Direktive 2014/25 još je jasniji u tom smislu jer je njime predviđeno da „[s]amo oni gospodarski subjekti koje naručitelj pozove nakon svoje procjene dobivenih informacija mogu sudjelovati u pregovorima“.

67. Međutim, kako sam to istaknuo u točki 59. ovog mišljenja, takav je zahtjev ograničen poštovanjem načela jednakog postupanja jer naručitelj ne smije diskriminirati ponuditelje pravdajući se zahtjevom za uspostavu što veće konkurencije u okviru postupka nabave. Stoga su moguće iznimke od načela istovjetnosti odabranog ponuditelja i ponuditelja koji je dostavio ponudu – za koje se, osim toga, nameće ograničavajući pristup u smislu iznimaka od načela općeg dosega⁴⁷ – ograničene poštovanjem načela jednakog postupanja među ponuditeljima.

68. Nakon što se utvrde ta načela, valja se zapitati koji pristup *in concreto* omogućuje najbolje pomirenje zahtjeva, koji u slučaju kakav je onaj u glavnom predmetu mogu biti sukobljeni, a koji proizlaze iz strogo poštovanja jednakih mogućnosti za sve ponuditelje i uspostave najveće moguće konkurencije.

69. Intervenijenti predlažu drukčiji pristup.

70. Kao prvo, zbog razloga koje sam izložio u točki 66. ovog mišljenja, sklon sam isključenju pristupa kao što je onaj koji zastupa MTHZ, prema kojem nikad ne smiju postojati iznimke od načela podudaranja između gospodarskog subjekta odabranog u postupku predodabira i onog koji podnosi ponudu.

71. Kad je riječ o Komisiji, ona u bitnome smatra da, ako gospodarski subjekt koji nije odabran – koji je, među ostalim, kao što je to slučaj u ovom predmetu, preostali član zajednice – ispunjava zahtjeve specifikacija, načelo jednakog postupanja ne sprečava naručitelja da nastavi s provođenjem postupka. Međutim, takvim se rješenjem ne jamči da je zahtjev za jednake mogućnosti ponuditelja strogo osiguran.

72. Doduše, činjenica da novi gospodarski subjekt ispunjava zahtjeve specifikacija⁴⁸ nesumnjivo predstavlja preduvjet kojim se sprečava nastanak diskriminacije ponuditelja. Međutim, uzimajući u obzir samo tu činjenicu, ne može se zajamčiti da, s obzirom na to da mu je dopušteno da u novom pozivu na nadmetanje sudjeluje naknadno u odnosu na ostale ponuditelje, novi gospodarski subjekt u trenutku u kojem se uključi u postupak neće imati konkurentne prednosti. Primjerice, te se prednosti mogu sastojati u posjedovanju informacija koje nisu bile poznate ostalim ponuditeljima⁴⁹ u trenutku kad su odlučili sudjelovati u postupku nabave⁵⁰.

73. Danska vlada smatra da u slučaju kao što je ovaj načelo jednakog postupanja ne sprečava naručitelja da prihvati izmjene identiteta ponuditelja u fazi između predodabira i dodjele ugovora ako su ispunjena dva uvjeta. Prvo, preostali dio ponuditelja čiji je identitet izmijenjen sam po sebi mora ispunjavati zahtjeve sposobnosti predviđene za predodabir te, drugo, izmjena identiteta ponuditelja ne smije imati utjecaj na krug odabranih kandidata u smislu da, čak i ako je preostali dio ponuditelja od samog početka sudjelovao u postupku predodabira u novom obliku, odabrani kandidati moraju ostati isti.

74. Mislim da ni to rješenje nije zadovoljavajuće. Naime, smatram da prvi uvjet u bitnome odgovara uvjetu utvrđenom u rješenju koje je predložila Komisija. Kad je riječ o drugom uvjetu, ne mislim da je dovoljno da subjektivna izmjena nema utjecaj na krug odabranih kandidata kako bi se zajamčilo strogo poštovanje načela jednakih mogućnosti ponuditelja. Zbog istih razloga koji su navedeni u točki 72.

47 — Vidjeti u tom smislu presude Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, t. 24.) kao i Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 52. i navedenu sudsku praksu).

48 — Osim toga, nije jasno treba li u skladu s tim prijedlogom novi gospodarski subjekt ispunjavati zahtjeve specifikacija u trenutku izmjene ili ih je morao ispunjavati u trenutku kad su odabrani ostali ponuditelji.

49 — Vidjeti presudu Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, t. 29.), u kojoj je Sud uzeo u obzir moguće konkurentne prednosti koje nastaju zbog informacija koje je ponuditelj mogao dobiti o predmetnom ugovoru.

50 — Nadalje, valja istaknuti da Komisija sama u svojim očitovanjima priznaje da se kriterijem koji predlaže u svakom slučaju ne jamči nepostojanje opasnosti od narušavanja konkurencije.

ovog mišljenja, smatram da činjenica da nijedan gospodarski subjekt nije neopravdano isključen iz postupka te da nijednom gospodarskom subjektu nije neopravdano dopušteno sudjelovati u postupku nije dostatna kako bi se zajamčilo poštovanje načela jednakih mogućnosti među ponuditeljima, iako također predstavlja uvjet potreban za sprečavanje diskriminacije.

75. Prema mojem mišljenju, s obzirom na nepostojanje pravila koja su prethodno izričito utvrdili zakonodavac ili javni naručitelj, prikladno je da naručitelj provede analizu *in concreto* za svaki pojedinačni slučaj, na temelju svih činjeničnih elemenata kojima raspolaže, kako bi provjerio je li predmetna izmjena identiteta dovela do situacije u kojoj ponuditelji nisu ravnopravni tijekom postupka dodjele ugovora, posebno, ali ne isključivo, u smislu oblikovanja svojih ponuda. Tom se analizom posebice nastoji provjeriti je li ta izmjena dovela do konkurentske prednosti za novog ponuditelja i promjene postupka nadmetanja.

76. Različiti slučajevi izmjene identiteta mogu se predvidjeti *in abstracto* i nije ih potrebno analizirati u tom kontekstu. Ističem samo da je, u slučaju da se subjektivna izmjena identiteta odnosi isključivo na oblik, a ne i na sadržaj, jer podrazumijeva, primjerice, samo promjenu oblika ili internu reorganizaciju koja nema značajnih posljedica⁵¹, malo vjerojatno da će takva izmjena dovesti do nastanka situacije u kojoj je narušena jednakost mogućnosti.

77. Međutim, prema mojem mišljenju, situacija kao što je ona u glavnom postupku, u kojoj je zajednica osnovana u pravnom obliku pravne osobe koja se razlikuje od gospodarskih subjekata koji su njezini članovi raspuštena, a njezino mjesto u postupku preuzima preostali član zajednice, ne predstavlja primjer subjektivne izmjene identiteta koja ima isključivo formalni opseg i ne utječe na sadržaj.

78. U tim okolnostima smatram da je dužnost suca koji je uputio zahtjev da na temelju činjeničnih elemenata kojima raspolaže utvrdi *in concreto* je li u ovom predmetu Banedanmarkova odluka dovela do kršenja načela jednakih mogućnosti za različite ponuditelje koji su sudjelovali u postupku te, posebice, je li društvo Aarsleff u trenutku kad mu je dopušteno da naslijedi I/S u postupku imalo konkurentske prednosti pred ostalim ponuditeljima.

79. U tom pogledu, na temelju informacija kojima Sud raspolaže iznijet ću samo sljedeća razmatranja.

80. Prvo, sud koji je uputio zahtjev naglašava da valja smatrati kako nije sporno da bi društvo Aarsleff bilo odabrano u postupku predodabira da se neposredno kandidiralo, umjesto da se kandidiralo u okviru raspuštene zajednice. Međutim, prema mojem mišljenju, ta okolnost ne isključuje mogućnost da je u ovom slučaju možda došlo do povrede načela jednakog postupanja. Presudno pitanje u ovom predmetu nije u tolikoj mjeri (ili isključivo) je li u teoriji društvo Aarsleff moglo biti samo odabrano, nego je li uživalo različit tretman koji je doveo do nastanka konkurentske prednosti u njegovu korist u trenutku kad mu je dopušteno samostalno sudjelovati u postupku bez obzira na činjenicu da nije prethodno odabrano.

81. Nadalje, čini se da je društvo Aarsleff moglo odlučiti da će samostalno sudjelovati u pozivu na nadmetanje na temelju informacija kojima ostali ponuditelji nisu raspolagali u trenutku kad su odlučili sudjelovati u nadmetanju⁵². MTHZ ističe da je društvo Aarsleff, kad mu je nakon stečaja društva Pihl i raspuštanja zajednice dopušteno da donese takvu odluku, prvo, moglo znati točan broj poduzeća koja sudjeluju u tom postupku i koja su dostavila ponudu te je, drugo, bilo svjesno da je ponuda koju je

51 — Vidjeti, po analogiji, presudu Priesstext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 43. do 45.).

52 — Vidjeti u tom pogledu bilješku 49. ovog mišljenja.

podnijela zajednica čiji je član bilo društvo Aarsleff ocijenjena kao druga najbolja ponuda. Osim toga, tim okolnostima također valja dodati da je društvo Aarsleff nakon stečaja društva Pihl imalo mogućnost preuzeti više od 50 zaposlenika društva Pihl, uključujući ključne osobe za provedbu projekta na koji se odnosio poziv na nadmetanje⁵³.

82. Situacija u kojoj dva gospodarska subjekta prije početka postupka dodjele ugovora odluče uspostaviti zajednicu čiji je jedini cilj sudjelovanje u tom postupku podrazumijeva da su ta dva gospodarska subjekta, nakon što su ocijenila mogućnosti i opasnosti povezane s projektom, donijela poslovnu odluku o zajedničkom sudjelovanju u pozivu na nadmetanje te o tome da će dijeliti povezane mogućnosti i opasnosti. U tim okolnostima valja analizirati *in concreto* stvara li mogućnost pružena jednom od tih dvaju subjekata, u naknadnoj fazi postupka u kojoj su elementi nesigurnosti u pogledu odvijanja postupka manji, da izmijeni poslovnu odluku kojom se gospodarskom subjektu omogućuje da samostalno sudjeluje u postupku različit tretman u odnosu na ostale ponuditelje te konkurentsku prednost. Valja provjeriti je li takva naknadna poslovna odluka donesena na temelju informacija koje se razlikuju od onih kojima su raspolagali ostali ponuditelji u trenutku donošenja odluke o sudjelovanju u postupku u utvrđenom obliku ili sastavu bez naknadne prilike za izmjenu te odluke.

V – Zaključak

83. Na temelju prethodnih razmatranja, predlažem Sudu da na prethodno pitanje koje je uputilo tijelo Klagensævnet for Udbud (žalbena komisija za javnu nabavu) odgovori kako slijedi:

1. Članak 51. stavak 3. 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 valja protumačiti na način da u načelu mora postojati pravna i materijalna istovjetnost gospodarskog subjekta odabranog u postupku dodjele ugovora s postupkom predodabira i gospodarskog subjekta koji podnosi ponudu u okviru istog postupka.
2. U situaciji kao što je ona u glavnom postupku – u kojoj su dva gospodarska subjekta činila zajednicu u obliku trgovačkog društva u svrhu sudjelovanja u postupku javne nabave, pri čemu je jedno od njih, nakon predodabira zajednice, ali prije dodjele ugovora, bilo predmet stečajnog postupka, zbog čega je zajednica raspuštena – članak 10. Direktive 2004/17 valja tumačiti na način da je dužnost javnog naručitelja da, s obzirom na analizu *in concreto* utemeljenu na svim činjeničnim elementima kojima raspolaže, provjeri dovodi li moguće dopuštenje za nastavak sudjelovanja u postupku umjesto zajednice dano preostalom članu zajednice koji nije odabran u postupku predodabira do nastanka situacije u kojoj ponuditelji nemaju ravnopravne mogućnosti tijekom postupka, među ostalim, u pogledu oblikovanja uvjeta svojih ponuda. To je posebice slučaj ako je preostali član zajednice mogao donositi odluke u okviru postupka dodjele ugovora na temelju informacija kojima ostali ponuditelji nisu raspolagali u trenutku kad su morali donijeti istu odluku te ako je nakon otvaranja postupka imao priliku za stjecanje ključnih elemenata za provedbu projekta kojima nije raspolagao u trenutku kad je mogao biti odabran.

⁵³ — U tom je pogledu važno istaknuti da iz priopćenja koje je Banedanmark poslao ostalim ponuditeljima (navedeno u točki 20. ovog mišljenja) proizlazi da je tu okolnost uzeo u obzir kad je odlučio dopustiti društvu Aarsleff da preuzme mjesto raspuštene zajednice.