



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 16. svibnja 2018.¹

Predmet C-124/17

**Vossloh Laeis GmbH
protiv
Stadtwerke München GmbH**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Vergabekammer Südbayern (Vijeće za javnu nabavu Južne Bavarske, Njemačka))

„Prethodno pitanje – Javna nabava – Postupak – Direktive 2014/24/EU i 2014/25/EU – Osnove za isključenje – Obveza gospodarskog subjekta na suradnju s javnim naručiteljem radi dokazivanja pouzdanosti prije protoka razdoblja isključenja – Pojam ‚tijela nadležna za provedbu istrage‘ – Izračun maksimalnog razdoblja isključenja”

1. Gospodarski subjekt može biti privremeno isključen iz postupaka javne nabave ako je postupio na neki od načina navedenih u članku 57. Direktive 2014/24/EU². Međutim, razdoblje isključenja moguće je skratiti kada pred javnim naručiteljem dokaže da se, unatoč svom prethodnom protupravnom postupanju, uspio rehabilitirati.
2. Kako bi ponovno dokazao svoju pouzdanost, stavak 6. navedenog članka predviđa, među ostalim uvjetima, to da je gospodarski subjekt „u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti uz aktivnu suradnju s *tijelima nadležnima za provedbu istrage*”³. Spor se u većem dijelu odnosi na tumačenje ovog posljednjeg izraza.
3. Prilikom prenošenja Direktive 2014/24 u nacionalno zakonodavstvo, njemački je zakonodavac predvidio da je, osim s tijelima nadležnima za provedbu istrage, potrebno surađivati i s javnim naručiteljem.
4. U tom kontekstu, Vergabekammer Südbayern (Vijeće za javnu nabavu Južne Bavarske, Njemačka) Sudu postavlja dva potpuno nova pitanja:
 - S jedne strane, želi znati je li zahtjev za suradnju (s javnim naručiteljem), koji je nacionalni zakonodavac dodao, u skladu s pravom Unije.
 - S druge strane, pita od kojeg dana počinje računanje maksimalnog razdoblja (od tri godine isključenja) koje članak 57. stavak 7. Direktive 2014/24 predviđa za slučajeve kada pravomoćnom presudom nije određen nikakav rok pa valja poći od „datuma dotičnog događaja”.

¹ Izvorni jezik: španjolski.

² Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2014/24/EU od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65.)

³ Moje isticanje

I. Pravni okvir

A. *Pravo Unije*

1. Direktiva 2014/24

5. Uvodna izjava 102. navodi:

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

6. Članak 57. („Osnove za isključenje”) predviđa:

„1. Javni naručitelji isključuju gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u postupku nabave ako utvrde, provjerom u skladu s člankom od 58., 59.a i 61. [člancima 59., 60. i 61.], ili na drugi način doznaju da je gospodarski subjekt bio osuđen pravomoćnom presudom iz nekog od sljedećih razloga:

- (a) sudjelovanje u kriminalnoj organizaciji [...];
- (b) korupcija [...];
- (c) prijevara [...];
- (d) kazneno djelo terorizma [...] ili kaznena djela povezana s terorističkim aktivnostima [...] ili poticanje, pomaganje, potpora ili pokušaj počinjenja kaznenog djela [...];
- (e) pranje novca ili financiranje terorizma [...];
- (f) dječji rad i drugi oblici trgovanja ljudima [...].

[...]

2. Gospodarski subjekt isključuje se iz sudjelovanja u postupku nabave ako javni naručitelj dozna da [...] ne poštuje svoje obveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje i ako je to utvrđeno obvezujućom sudskom ili upravnom odlukom [...].

Nadalje, javni naručitelji mogu isključiti ili mogu zatražiti od države članice da isključi gospodarski subjekt iz sudjelovanja u postupku nabave ako [...] mogu odgovarajućim sredstvima dokazati da [...] ne poštuje svoje obveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa socijalnog osiguranja.

Ovaj se stavak više ne primjenjuje nakon što gospodarski subjekt ispuni svoje obveze plaćanja ili nakon što sklopi sporazumnu obvezu o plaćanju poreza ili doprinosa socijalnog osiguranja koje duguje, uključujući, prema potrebi, sve nastale kamate ili kazne.

[...]

4. Javni naručitelji mogu isključiti ili mogu zatražiti od država članica da isključe iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt u bilo kojoj od sljedećih situacija:

- (a) ako javni naručitelj može na odgovarajući način dokazati kršenje primjenjivih obveza iz članka 18. stavka 2.;
- (b) ako je gospodarski subjekt u stečaju, insolventan ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, ako je u nagodbi s vjerovnicima, ako je obustavio poslovne aktivnosti ili je u bilo kakvoj istovrsnoj situaciji koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima;
- (c) ako javni naručitelj može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet;
- (d) ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja;
- (e) ako se sukob interesa u smislu članka 21. [24.] ne može učinkovito ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;
- (f) ako se narušavanje tržišnog natjecanja [koje proizlazi] iz prijašnjeg uključivanja [sudjelovanja] gospodarskog subjekta u priprem[i] postupka nabave, kako je navedeno u članku 39.a [41], ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;
- (g) ako gospodarski subjekt pokaže značajne ili postojeće nedostatke tijekom provedbe ključnih zahtjeva iz prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim naručiteljem čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili slične sankcije;
- (h) ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti razloga za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir, ako je prikrrio takve informacije ili nije u stanju priložiti dodatne dokumente u skladu s člankom 57. [59.];
- (i) ako je gospodarski subjekt pokušao na nedoličan način utjecati na postupak odlučivanja javnog naručitelja, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili da pruži [pružiti] krivu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.

Neovisno o prvom podstavku točki (b), države članice mogu zahtijevati ili mogu staviti na raspolaganje mogućnost da javni naručitelj ne isključi gospodarski subjekt koji se nalazi u jednoj od situacija navedenih u toj točki ako [...] utvrdi da će dotični gospodarski subjekt biti sposoban izvršiti ugovor, uzimajući u obzir primjenjiva nacionalna pravila i mjere za nastavak poslovanja u slučaju situacija iz točke (b).

[...]

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

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

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

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

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

2. Direktiva 2014/25/EU⁴

7. Sukladno članku 77. („Kvalifikacijski sustavi”):

„1. Naručitelji koji to žele mogu uspostaviti i voditi sustav kvalifikacija gospodarskih subjekata.

Naručitelji koji uspostave ili vode sustav kvalifikacija dužni su osigurati da gospodarski subjekti u svako vrijeme mogu tražiti kvalifikaciju.

2. Sustav iz stavka 1. može uključivati različite faze kvalifikacije.

Naručitelji uspostavljaju objektivna pravila i kriterije za isključenje i odabir gospodarskih subjekata koji traže kvalifikaciju i objektivne kriterije i pravila za rad kvalifikacijskog sustava koji obuhvaćaju pitanja kao što su upis u sustav, periodično ažuriranje kvalifikacija, ako postoje, te trajanje sustava.

Ako ti kriteriji i pravila uključuju tehničke specifikacije, primjenjuju se članci od 60. do 62. Ti se kriteriji i pravila mogu, prema potrebi, ažurirati.

[...].”

⁴ Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2014/25/EU 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/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.)

8. Prema članku 80. („Primjena osnova za isključenje i kriterija za odabir predviđenih Direktivom 2014/24/EU”):

„1. Objektivna pravila i kriteriji za isključenje i odabir gospodarskih subjekata koji zahtijevaju kvalifikaciju u kvalifikacijskom sustavu i objektivna pravila za isključenje te odabir natjecatelja i ponuda u otvorenim, ograničenim ili pregovaračkim postupcima, u natjecateljskim dijalozima ili partnerstvima za inovacije mogu obuhvaćati osnove za isključenje iz članka 57. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima koji su tamo navedeni.

Ako je naručitelj javni naručitelj, ti kriteriji i pravila uključuju osnove za isključenje iz članka 57. stavaka 1. i 2. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima navedenima u tom članku.

Ako to traže države članice, ti kriteriji i pravila dodatno obuhvaćaju osnove za isključenje iz članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24/EU prema uvjetima navedenima u tom članku.

[...]”

B. Nacionalno pravo. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Zakon o suzbijanju ograničavanja tržišnog natjecanja)⁵

9. Članak 124. navodi:

„(1) Poštujući načelo proporcionalnosti, javni naručitelji mogu u svakom trenutku isključiti poduzetnika iz sudjelovanja u postupku javne nabave kada:

[...]

3. utvrde da je poduzetnik, u okviru svoje djelatnosti, počinio tešku povredu koja dovodi u pitanje njegovu vjerodostojnost; [...]

4. javni naručitelj raspolaze dovoljno uvjerljivim dokazima na temelju kojih može zaključiti da je poduzetnik sklopio ugovore s drugim poduzetnicima s namjerom ili učinkom da oteža, ograniči ili naruši tržišno natjecanje,

[...]”

10. Članak 125. određuje:

„(1) Javni naručitelji neće isključiti iz sudjelovanja u postupcima javne nabave poduzetnika koji podliježe isključenju u skladu s člankom 123. ili člankom 124. kada navedeni poduzetnik dokaže da je:

1. uplatio ili se obvezao uplatiti naknadu štete prouzročene kaznenim djelom ili propustom,

2. u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti aktivno surađujući s tijelima nadležnim za provedbu istrage i javnim naručiteljem, i

3. usvojio konkretne mjere tehničke i organizacijske prirode te mjere vezane uz osoblje primjerene za sprječavanje novog kaznenog djela ili novog propusta.

[...]”

⁵ U verziji objavljenoj 26. lipnja 2013. (BGBl. I, str. 1750., 3245.) i posljednji put izmijenjenoj Zakonom od 13. listopada 2016. (BGBl. I, str. 2258.; u daljnjem tekstu: GWB)

11. U skladu s člankom 126.:

„Ako poduzetnik koji podliježe isključenju nije usvojio nijednu mjeru dobrovoljne rehabilitacije u smislu članka 125. ili te mjere nisu dovoljne:

1. u slučaju razloga za isključenje predviđenog člankom 123., može biti isključen iz sudjelovanja u postupcima javne nabave u razdoblju od maksimalno pet godina, računajući od dana kada je presuda postala pravomoćna,
2. u slučaju razloga za isključenje predviđenog člankom 124., može biti isključen iz sudjelovanja u postupcima javne nabave u razdoblju od maksimalno tri godine, računajući od dana dotičnog događaja.”

II. Činjenice

12. Društvo Stadtwerke München GmbH (u daljnjem tekstu: Stadtwerke München ili javni naručitelj) 2011. uspostavilo je „sustav kvalifikacije”, u smislu članka 77. Direktive 2014/25, s ciljem odabira poduzetnika za opskrbljivanje dijelovima za izgradnju željezničkih i tramvajskih kolosijeka⁶.

13. Dana 4. studenoga 2016. poduzetnik Vossloh Laeis GmbH isključen je iz navedenog sustava jer ga je Bundeskartellamt (Savezni ured za zaštitu tržišnog natjecanja, Njemačka) 9. ožujka 2016. novčano kaznio zbog višegodišnjeg sudjelovanja u zabranjenom sporazumu koji je bio aktivan do proljeća 2011.

14. Među oštećenima koluzivnim ponašanjem sudionika zabranjenog sporazuma nalazilo se i samo društvo Stadtwerke München, koje je zbog toga pokrenulo građanski postupak protiv Vossloh Laeisa, zahtijevajući naknadu štete.

15. Prema odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, Vossloh Laeis nije surađivao s javnim naručiteljem kako bi razjasnio povredu propisa iz područja zabrane ograničavanja tržišnog natjecanja. Naime:

- Nakon otkrivanja zabranjenog sporazuma 2011. Vossloh Laeis se nije obratio javnom naručitelju niti je pokrenuo ikakvu inicijativu za razjašnjavanje cjelokupnog činjeničnog stanja.
- Tek je 2016. javnom naručitelju prestao negirati navedeno koluzivno ponašanje, iako je pojasnio da je pobijao odluku kojom mu je izrečena novčana kazna i opisao mjere vezane uz organizaciju i osoblje usvojene kako bi se razjasnile činjenice i izbjeglo njihovo ponavljanje u budućnosti. Dodao je da će naknaditi štetu koju je prouzročilo njegovo nezakonito ponašanje.

16. Uz to, Vossloh Laeis je odbio javnom naručitelju dostaviti na uvid odluku kojom mu je izrečena kazna. Nije pristao ni na suradnju s javnim naručiteljem kako bi razjasnio počinjenu povredu s obzirom na to da smatra da je dovoljna njegova suradnja s uredom za zaštitu tržišnog natjecanja.

17. Za sudsko tijelo koje je uputilo zahtjev nesporno je (tako stoji u samoj odluci kojom se izriče novčana kazna) da je Vossloh Laeis kontinuirano i bez ograničenja surađivao s njemačkim uredom za zaštitu tržišnog natjecanja tijekom postupka koji se pred njim vodio.

18. Javni naručitelj smatra da objašnjenja Vossloh Laeisa ne ukazuju na to da je poduzeo dovoljne mjere dobrovoljne rehabilitacije, u smislu članka 125. GWB-a. Iz tog razloga ga je 4. studenoga 2016. konačno obavijestio da je isključen iz sustava kvalifikacije, s trenutačnim učinkom.

⁶ Naknadno je, odlukom od 28. prosinca 2016., ukinut sporni sustav kvalifikacije.

19. Vossloh Laeis je pred Vergabekammerom Südbayern (Vijeće za javnu nabavu Južne Bavarske) pobijao tu odluku, a ono je Sudu uputilo prethodno pitanje.

III. Postavljeno pitanje

20. Sadržaj prethodnih pitanja je sljedeći:

- „a) Je li propis države članice koji kao pretpostavku uspješne dobrovoljne rehabilitacije gospodarskog subjekta propisuje da on činjenice i okolnosti u vezi s kaznenim djelom ili povredom i s time uzrokovanom štetom temeljito razjasni ne samo s istražnim tijelima nego i s javnim naručiteljem u skladu s odredbama članka 80. Direktive 2014/25/EU, u vezi s člankom 57. stavkom 6. drugim podstavkom Direktive 2014/24/EU?
- b) U slučaju niječnog odgovora na prvo pitanje: treba li članak 57. stavak 6. drugi podstavak Direktive 2014/24/EU u tom kontekstu tumačiti na način da je dotični gospodarski subjekt radi uspješne dobrovoljne rehabilitacije u svakom slučaju javnom naručitelju obavezan razjasniti činjenično stanje u toj mjeri da on može ocijeniti jesu li poduzete mjere dobrovoljne rehabilitacije (tehničke i organizacijske mjere, mjere vezane uz osoblje i naknada štete) prikladne i dovoljne?
- c) Za fakultativne osnove za isključenje uređene člankom 57. stavkom 4. Direktive 2014/24/EU maksimalno razdoblje, odnosno rok za isključenje prema članku 57. stavku 7. Direktive 2014/24/EU iznosi tri godine od datuma dotičnog događaja. Treba li dotičnim događajem smatrati već ostvarenje osnova za isključenje navedenih u članku 57. stavku 4. Direktive 2014/24/EU ili je relevantan trenutak onaj u kojem javni naručitelj ima sigurno i pouzdano saznanje o postojanju osnove za isključenje?
- d) Je li sukladno tome u slučaju ispunjenja pretpostavki za isključenje iz članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive 2014/24/EU zbog sudjelovanja gospodarskog subjekta u zabranjenom sporazumu dotični događaj u smislu članka 57. stavka 7. Direktive 2014/24/EU okončanje sudjelovanja u zabranjenom sporazumu ili stjecanje sigurnog i pouzdanog saznanja javnog naručitelja o sudjelovanju u zabranjenom sporazumu?”

IV. Postupak pred Sudom i stajališta stranaka

21. Sud je zaprimio zahtjev za prethodnu odluku 10. ožujka 2017.

22. Pisana očitovanja podnijeli su Vossloh Laeis, Stadtwerke München, njemačka, grčka, mađarska i poljska vlada, kao i Komisija te su svi, s izuzetkom Stadtwerkea München i poljske vlade, sudjelovali na javnoj raspravi održanoj 21. veljače 2018.

V. Analiza

23. Uvodno, iako nijedna od stranaka nije u to izrazila sumnju, treba podsjetiti da je u presudi Hörmann Reisen⁷ od 27. listopada 2016. Sud zaključio da je Vergabekammer Südbayern (Vijeće za javnu nabavu Južne Bavarske) sudbeno tijelo, u smislu članka 267.UFEU-a,

⁷ Predmet C-292/15, EU:C:2016:817, t. 29.

24. Četiri pitanja postavljena u ovom postupku mogu se grupirati u dva dijela. Prvim i drugim pitanjem nastoji se razjasniti treba li suradnju koju zahtijeva članak 57. stavak 6. drugi podstavak Direktive 2014/24 (kako bi se dokazala pouzdanost gospodarskog subjekta koji podliježe nekom od razloga za isključenje navedenih u stavcima 1. i 4. spomenutog propisa) pružiti samo „tijelima nadležnima za provedbu istrage” ili također javnom naručitelju kada potonje nalaže nacionalno pravo neke države članice.

25. Preostala dva pitanja odnose se na razdoblje isključenja kojem se može podvrgnuti gospodarski subjekt koji nije usvojio mjere dobrovoljne rehabilitacije navedene u stavku 6. članka 57. Direktive 2014/24. Osobito, potrebno je pobliže odrediti što se smatra „dotičnim događajem” na koji upućuje stavak 7. tog propisa i od kojega počinje računanje roka.

A. Pojam „tijela nadležna za provedbu istrage” u smislu članka 57. stavka 6. drugog podstavka Direktive 2014/24 (prvo i drugo pitanje)

1. Sažetak argumentacije stranaka

26. Vossloh Laeis smatra da njemačko zakonodavstvo, zahtijevajući aktivnu suradnju s javnim naručiteljem, dobrovoljnoj rehabilitaciji nameće dodatni uvjet s obzirom na to da se članak 57. stavak 6. drugi podstavak Direktive 2014/24 odnosi samo na aktivnu suradnju s tijelima nadležnima za provedbu istrage.

27. Prema njegovu mišljenju, pod pojmovima „javni naručitelj” i „tijela nadležna za provedbu istrage” pravo Unije podrazumijeva različite sudionike s različitim ulogama: dok prvi dodjeljuje ugovore o javnoj nabavi, zadaća drugog je istraga kaznenih djela ili, općenito, mogućih propusta.

28. Vossloh Laeis ističe da članak 57. Direktive 2014/24 razlikuje mjere dobrovoljne rehabilitacije koje je poduzeo gospodarski subjekt, s jedne strane, i dokaz njihove učinkovitosti, s druge strane. Logika tog članka je da gospodarski subjekt mora usvojiti potrebne mjere dobrovoljne rehabilitacije i zatim, ako sudjeluje u postupku javne nabave (bilo dodjelom ili prekvalifikacijom), javnom naručitelju dokazati da su iste postigle rezultat. Udvostručujući zahtjev za suradnju njemački zakonodavac udaljava se od navedene strukture proturječeći na taj način Direktivi 2014/24.

29. Stajalište Vossloh Laeisa u većoj mjeri također podržava grčka vlada.

30. Suprotno tome, prema mišljenju društva Stadtwerke München te njemačke i mađarske vlade, činjenica da njemačko zakonodavstvo nije doslovno prenijelo članak 57. stavak 6. Direktive 2014/24 ne predstavlja nikakav problem. Dodavanjem izraza javni naručitelj uzima se u obzir to da je pojam „tijela nadležna za provedbu istrage” u njemačkom pravu moguće tumačiti tako da se odnosi isključivo na tijela zadužena za progon kaznenih djela. Kako bi se izbjeglo neprecizno prenošenje, bilo je nužno navedeni pojam upotrebljavati u najširem smislu, što je nacionalnog zakonodavca navelo da istakne da je gospodarski subjekt dužan istodobno surađivati s „tijelima nadležnima za provedbu istrage” u užem smislu i s javnim naručiteljem kao „tijelom nadležnim za provedbu istrage” u širem smislu. To tijelo također „provodi istragu” kada, u skladu s člankom 57. stavcima 5. i 6. Direktive 2014/24, ispituje podliježe li ponuditelj razlozima za fakultativno isključenje ili ispunjava kriterije dobrovoljne rehabilitacije.

31. Ipak, predstavnik njemačke vlade je tijekom rasprave ublažio svoje početno stajalište, u smislu da se zajedničkim navođenjem tijela nadležnih za provedbu istrage i javnog naručitelja u nacionalnom zakonodavstvu nije namjeravalo udvostručiti istu obvezu.

32. Prema mišljenju društva Stadtwerke München, čak i kad bi se smatralo da proširenje obveze na suradnju nije obuhvaćeno člankom 57. stavkom 6. Direktive 2014/24, usvajanje strožih mjera u državama članicama ne bi se protivilo pravu Unije. To proizlazi iz duha, cilja i svrhe razloga za isključenje u području javne nabave.

33. S tim u vezi, ističe da je rješenje za koje se zalaže nacionalni zakonodavac transparentno i nediskriminatorno. Osim toga, Direktiva izrijekom ne isključuje usvajanje strožih mjera. Konačno, u postupku dobrovoljne rehabilitacije nužno je sudjelovanje javnih naručitelja s obzirom na to da su zaduženi za utvrđivanje treba li gospodarske subjekte isključiti iz postupka, u kojem slučaju također treba utvrditi mjere provedene dobrovoljne rehabilitacije.

34. Prema mišljenju Komisije, za razliku od pojma „javni naručitelj”, koji se upotrebljava u članku 2. stavku 1. Direktive 2014/24, pojam „tijelo nadležno za provedbu istrage” nije definiran ni tom direktivom ni Direktivom 2014/25. Prema njezinu mišljenju, iako tijelo može istodobno djelovati kao javni naručitelj i kao tijelo nadležno za provedbu istrage, ne čini se da potonji pojam iz članka 57. stavka 6. upućuje na javnog naručitelja.

35. Komisija smatra da se na temelju sustavnog tumačenja propisa može zaključiti da, izvan okvira suradnje s tijelom nadležnim za provedbu istrage, postoji također obveza na suradnju s javnim naručiteljem, iako drukčije prirode. U svakom slučaju, suradnja s oba tijela ne bi trebala dovesti do udvostručavanja ili ponavljanja istih obveza.

36. Komisija također smatra da suradnja koja se zahtijeva sa svakim od navedenih tijela ima posebne značajke, drugim riječima, nije jednaka. Cilj koji žele postići tijela nadležna za provedbu istrage provodeći svoje postupke (kako bi otkrila povrede) razlikuje se od cilja istrage koju provode javni naručitelji (kako bi utvrdili pouzdanost gospodarskog subjekta). U prvom slučaju radi se o utvrđivanju krivnje uključenih stranaka u odnosu na počinjena djela. U drugom slučaju riječ je o analiziranju rizika koje bi u budućnosti mogla imati dodjela javne nabave određenom ponuditelju.

2. Ocjena

37. Članak 57. Direktive 2014/24 sadržava niz razloga za isključenje gospodarskih subjekata u postupku javne nabave. U njegovu stavku 1. navedeni su imperativni („javni naručitelji *isključuju*”), a u stavku 4. fakultativni razlozi („javni naručitelji *mogu isključiti*”).

38. Među fakultativnim razlozima nalaze se koluzivna ponašanja iz točke (d): „ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja”, može ga isključiti iz sudjelovanja u nekom od navedenih postupaka nabave.

39. Osim kada je isključenje određeno pravomoćnom presudom – u kojem slučaju će trajati onoliko koliko nalaže sudska odluka – pogođeni gospodarski subjekt može iskoristiti mogućnost koju mu daje stavak 6. članka 57. Direktive 2014/24, drugim riječima, okončati *uobičajeno* razdoblje isključenja⁸ prije nego što ono protekne u cijelosti.

40. Kako bi iskoristio navedenu mogućnost, navedeni gospodarski subjekt mora, „bez obzira na postojanje nekog ključnog razloga za isključenje” (članak 57. stavak 6. prvi podstavak Direktive 2014/24), dokazati da ga je njegovo naknadno ponašanje učinilo „pouzdanim”. Kako bi „dokazao pouzdanost” (*ibid.*), „može pružiti dokaze [...] da su mjere koje je poduzeo dovoljne” (*ibid.*) u tu svrhu.

⁸ Maksimalno trajanje tog razdoblja, u skladu sa stavkom 7. članka 57. Direktive 2014/24, u nedostatku pravomoćne presude koja ga određuje, bit će pet godina ili tri godine, s obzirom na pretpostavke navedene u tom propisu.

41. Pouzdanost koju navodi ta odredba svojstvo je za čiju procjenu javni naručitelj nužno mora slijediti kriterije koje sadržava stavak 6. drugi podstavak. Gospodarski subjekt može dokazati pouzdanost jedino ako je: (a) platio – ili se obvezao platiti – naknadu štete prouzročene povredom koja je rezultirala isključenjem; (b) u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti; i (c) poduzeo konkretne mjere (tehničke i organizacijske prirode te mjere vezane uz osoblje), primjerene za sprječavanje daljnjih povreda.

42. Dvojbe suda koji je uputio zahtjev odnose se samo na drugi uvjet i temelje se na nepodudarnosti između članka 57. stavka 6. drugog podstavka Direktive 2014/24 (prema kojemu gospodarski subjekt mora dokazati „da je u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti uz aktivnu suradnju s tijelima nadležnima za provedbu istrage”) i članka 125. stavka 1. točke 2. GWB-a (na temelju kojeg se aktivna suradnja mora provoditi s „tijelima nadležnima za provedbu istrage i s javnim naručiteljem”).

43. Izraz „javni naručitelj” dodan je onome kojim zakonodavac Unije upućuje na „tijela nadležna za provedbu istrage” s namjerom da se, prema mišljenju društva Stadtwerke München, izbjegne restriktivno tumačenje članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24 koje bi ograničilo obvezu gospodarskog subjekta na isključivu suradnju s „tijelima nadležnima za provedbu istrage” u užem smislu (drugim riječima, s institucijama koje progone kaznena djela ili propuste), zaboravljajući da, u širem smislu, javni naručitelj također *provodi istragu* kada ispituje podliježe li gospodarski subjekt isključenju ili je, usprkos tome, uspio dokazati svoju pouzdanost.

44. Ne vjerujem, međutim, da postoji opasnost od nesporazuma zbog navodnog nepodudaranja različitih jezičnih verzija članka 57. stavka 6. drugog podstavka Direktive 2014/24.

45. Kao prijevod izraza „tijela nadležna za provedbu istrage” u njemačkoj se jezičnoj verziji upotrebljava pojam „Ermittlungsbehörden”, koji točno odgovara izrazima u drugim jezičnim verzijama kao što je španjolska („autoridades investigadoras”), engleska („investigating authorities”), francuska („autorités chargées de l’enquête”), talijanska („autorità investigative”), portugalska („autoridades responsáveis pelo inquérito”) ili nizozemska („onderzoekende autoriteiten”). Usto, tijela koja dodjeljuju ugovore o javnoj nabavi ili organiziraju postupke javne nabave u svim su jezičnim verzijama također označena nedvojbenim izrazima kojima se označava javni naručitelj: „poder adjudicador” u španjolskoj i „öffentliche Auftraggeber” u njemačkoj jezičnoj verziji.

46. Problem se, dakle, ne nalazi u nepreciznosti izraza iz članka 57. Direktive 2014/24 kojima se označavaju *tijela* različite naravi. Ono o čemu je riječ jest to da spomenuta odredba javnim naručiteljima povjerava i neke *zadace* s konotacijama provođenja istrage. Tako, na primjer:

- U skladu sa stavkom 1., javni naručitelji isključuju gospodarskog subjekta „ako *utvrde* [...] ili na drugi način doznaju [...] da je bio osuđen pravomoćnom presudom iz [određenih] razloga”.
- Na isti način, stavak 2. drugi podstavak navodi da „javni naručitelj *može* odgovarajućim sredstvima *dokazati* da gospodarski subjekt ne poštuje svoje obveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa socijalnog osiguranja”.
- Naposljetku, druge pretpostavke navedene u stavku 4. zahtijevaju određene *istražne*⁹ radnje javnih naručitelja. Na primjer, sukladno točki (c) oni mogu „*dokazati* odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet”.

47. Prema mojem mišljenju, provođenje tih zadataka ne pretvara javnog naručitelja u jedno od „tijela nadležnih za provedbu istrage” navedenih u članku 57. stavku 6. drugom podstavku Direktive 2014/24.

⁹ Ovaj pridjev navodim u njegovu postupovnom značenju, drugim riječima, značenju koje ukazuje na postupak u kojem onaj koji provodi istragu po službenoj dužnosti potiče njegovo rješavanje, ističući dokaze koji terete ili one koji skidaju teret s određenog ponašanja.

48. Svakako, javni naručitelj mora poduzeti obaveznu istražnu radnju (u naprijed navedenom smislu) kako bi utvrdio jesu li ispunjene neke od pretpostavki za isključenje iz stavaka 1. i 4. članka 57. Direktive 2014/24. Međutim, ono što se stavkom 6. navedene odredbe želi postići nije to da javni naručitelj u svakom slučaju *samostalno utvrđuje* činjenice koje mogu izazvati isključenje, već da, nakon isključenja gospodarskog subjekta, *ocijeni dokaze* koje je podnio onaj tko tvrdi da je rehabilitiran.

49. Zadaća javnog naručitelja u navedenoj ocjeni dokaza je, dakle, *pasivna*, u usporedbi s *aktivnom*, koja je dužnost gospodarskog subjekta. Gospodarski subjekt mora pružiti dokazni materijal o kojem će se javni naručitelj izjasniti, bez obveze da, ponavljam, u svim slučajevima poduzima istražne radnje (ili istragu).

50. Gospodarski subjekt koji tvrdi da je rehabilitiran mora dokazati, *inter alia*, „da je u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti uz aktivnu suradnju s tijelima nadležnima za provedbu istrage”. Logično, taj dokaz mora podastrijeti javnom naručitelju, drugim riječima, tijelu koje, nakon što procijeni dokaze, odlučuje je li ponuditelj dokazao pouzdanost u dovoljnoj mjeri pa mu se zato može ponovno dopustiti sudjelovanje u postupku javne nabave.

51. Općenito, dakle, „tijela nadležna za provedbu istrage” na koja se odnosi članak 57. stavak 6. drugi podstavak Direktive 2014/24 ne podudaraju se s javnim naručiteljem. Ponuditelj (ili poduzetnik koji se, kao što je ovdje slučaj, nastoji uključiti u sustav kvalifikacije) dužan je javnom naručitelju dokazati da je aktivno i u potpunosti surađivao kako bi razjasnio činjenice. Ta suradnja, međutim, nužno mora biti ostvarena s institucijom koja je različita od samog javnog naručitelja: u protivnom, za javnog naručitelja bi to bile poznate činjenice koje ne zahtijevaju nikakav dokaz.

52. Vremenski slijed radnji na koje se odnosi stavak 6. članka 57. potvrđuje taj zaključak. Ono što gospodarski subjekt mora dokazati javnom naručitelju su činjenice smještene u prošlost, drugim riječima, u trenutak koji je prethodio onome u kojem javni naručitelj postaje zainteresiran da gospodarski subjekt bude rehabilitiran.

53. Na taj način naknada štete mora biti isplaćena ili radnja plaćanja poduzeta, kao što su već morale biti usvojene i mjere primjerene za sprječavanje daljnjih povreda. Iz istog razloga razjašnjenja (o činjenicama i okolnostima ponašanja koje je dovelo do isključenja), u za to određenom trenutku, trebalo je dati tijelu koje ne može biti javni naručitelj, kojemu jedino treba dokazati da je navedeno razjašnjenje – kao što je plaćanje naknade štete ili usvajanje primjerenih mjera – već dano.

54. Naprijed navedeno je, prema mojem mišljenju, najprihvatljivije tumačenje članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24. Upravo ono najbolje odgovara predmetu kao što je ovaj, u kojem je ponašanje koje je uzrokovalo isključenje (sudjelovanje poduzetnika u zabranjenom sporazumu) utvrdilo i sankcioniralo tijelo nadležno za provedbu istrage: Bundeskartellamt (Savezni ured za zaštitu tržišnog natjecanja, Njemačka).

55. U takvim okolnostima, nema smisla udvostručavati dužnost suradnje dodajući obvezu surađivanja s javnim naručiteljem, što bi se dogodilo kada bi gospodarski subjekt, koji nakon što je isključen namjerava postići rehabilitaciju, bio prinuđen iste činjenice i iste okolnosti razjasniti dvama različitim tijelima.

56. Međutim, moguće je tvrditi (kao što to čini Stadtwerke München) da se uvođenje strožih kriterija država članica, kako bi gospodarski subjekti dokazali pouzdanost za vrijeme razdoblja isključenja ne protivi pravu Unije. Bilo bi, dakle, moguće zahtijevati od njih da, osim suradnje s tijelima nadležnima za provođenje istrage, to isto učine i s javnim naručiteljem.

57. Toj tvrdnji idu u prilog argumenti koje ne treba zanemariti. S jedne strane, u skladu s člankom 57. stavkom 7. Direktive 2014/24 „države članice određuju provedbene uvjete za ovaj članak”. S druge strane, Sud je odlučio¹⁰ da, u odnosu na fakultativne razloge za isključenje¹¹, Direktiva o javnoj nabavi „ne predviđa ujednačenu primjenu [...] na razini Unije jer države članice imaju mogućnost ili uopće ne primijeniti te razloge za isključenje ili ih uključiti u svoje nacionalne propise s određenim stupnjem strogosti koji može biti različit od slučaja do slučaja, ovisno o okolnostima pravnog poretka i gospodarskim ili socijalnim okolnostima koje prevladavaju na nacionalnoj razini”.

58. Prema mojem mišljenju, to bi bilo moguće samo ako bi se radilo o drukčijoj suradnji od one koja se zahtijeva s tijelima za provođenje istrage. Tada bi bilo moguće shvatiti da suradnja s javnim naručiteljem, navedena u članku 125. stavku 1. točki 2. GWB-a, nema isti predmet kao suradnja koja se od gospodarskog subjekta zahtijeva u odnosu na tijela nadležna za provođenje istrage, već se odnosi na ponašanja za čiju je procjenu, kao razloga za isključenje, zadužen sam javni naručitelj.

59. Promatrano iz tog kuta, odredba članka 124. stavka 4. GWB-a¹² dobila bi smisao: gospodarski subjekt mora aktivno surađivati s javnim naručiteljem: (i) kako bi razjasnio činjenice i okolnosti koje su ga mogle navesti na zaključak da postoji razlog za isključenje, za procjenu kojega je nadležan; i (ii) kako bi ga uvjerio da se, usprkos tome, može rehabilitirati.

60. Suprotno tomu, kada bi se nacionalni propis tumačio tako da gospodarski subjekt mora surađivati na isti način (i to dvaput) i s javnim naručiteljem i s tijelima nadležnima za provođenje istrage, kako bi razjasnio iste činjenice i okolnosti u odnosu na isti razlog za isključenje, mišljenja sam da postignuti rezultat ne bi bio u skladu s člankom 57. stavkom 6. Direktive 2014/24.:

- S jedne strane, došlo bi do udvostručavanja obveze prema tijelima koja, poput tijela nadležnih za provedbu istrage i javnih naručitelja, imaju različite zadaće.
- S druge strane, gospodarski subjekt bi se mogao naći u situaciji u kojoj bi bilo gotovo nemoguće braniti se kada, u okolnostima sličnima ovom slučaju, javni naručitelj tvrdi da je pretrpio štetu kao posljedicu nezakonitog ponašanja koje je uzrokovalo isključenje gospodarskog subjekta, zbog čega zahtijeva naknadu¹³.

61. Naime, takvo udvostručavanje obveza zanemaruje razlike između zadaća koje u području zaštite tržišnog natjecanja postoje između tijela nadležnih za provedbu istrage i javnih naručitelja. Štoviše, kada javni naručitelj prosuđuje jesu li činjenice zbog kojih vjeruje da je oštećen dovoljno razjašnjene, s obzirom na to da prilikom njihova razjašnjavanja nije ograničen na zaključak o tome je li gospodarski subjekt u potpunosti surađivao s tijelima nadležnima za provedbu istrage, možda nije u najboljoj poziciji za prosuđivanje o zahtjevu za rehabilitaciju, s neutralnošću i nepristranošću koje se za to zahtijevaju.

¹⁰ Presuda od 20. prosinca 2017., *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, t. 31.)

¹¹ Osvrće se na razloge navedene u članku 45. stavku 2. Direktive 2004/18/EZ 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.). Treba podsjetiti, međutim, da se stavak 6. članka 57. Direktive 2014/24 odnosi na „situacije iz stavaka 1. i 4. [tog članka]”, drugim riječima, i na imperativne i na fakultativne razloge za isključenje.

¹² U skladu s tom odredbom, moguće je isključiti poduzetnika kada javni naručitelj raspolaže dovoljno uvjerljivim dokazima na temelju kojih može zaključiti da je poduzetnik sklopio koluzivne sporazume.

¹³ Suradnja s javnim naručiteljem koja se zahtijeva od gospodarskog subjekta može štetiti potonjem kada su oba, kao što je ovdje slučaj, stranke građanskog postupka koji je pokrenuo javni naručitelj, tvrdeći da mu je nanesena šteta ponašanjem poduzetnika ponuditelja (njegovim sudjelovanjem u zabranjenom sporazumu) koje je dovelo do isključenja u odnosu na koje se gospodarski subjekt nastoji rehabilitirati.

B. Pojam „dotični događaj” u smislu članka 57. stavka 7. Direktive 2014/24 (treće i četvrto pitanje)

62. U skladu s člankom 57. stavkom 7. Direktive 2014/24 države članice „utvrđuju maksimalno razdoblje isključenja ako gospodarski subjekt nije poduzeo nikakve mjere navedene u stavku 6. kako bi dokazao njihovu [svoju] pouzdanost”.

63. Međutim, države članice u tom pogledu nemaju neograničenu slobodu s obzirom na to da navedeni propis sadržava određene granice maksimalnog razdoblja isključenja. Konkretno:

- Ako je razdoblje isključenja određeno pravomoćnom presudom, nužno je pridržavati ga se u svakom slučaju.
- Ako postojećom pravomoćnom presudom nije određeno razdoblje isključenja, ono ne može biti dulje od pet godina od datuma izricanja presude, kad se radi o imperativnim razlozima za isključenje (iz stavka 1. istog članka).
- Ako presuda nije pravomoćna, ili presuda koja je izrečena ne ukazuje na maksimalno razdoblje isključenja, ono se ograničava na „tri godine od datuma dotičnog događaja u slučajevima iz stavka 4.” (fakultativni razlozi za isključenje).

64. Dva posljednja pitanja suda koji je uputio zahtjev odnose se na gore navedeno pojašnjenje, kojim se nastoji otkloniti nedoumice o pojmu „dotični” događaj.

1. Sažetak očitovanja stranaka

65. Vossloh Laeis smatra da se sporni izraz odnosi na objektivno postojanje razloga za isključenje. Da je zakonodavac imao namjeru pouzdati se u subjektivna saznanja javnog naručitelja, bio bi to tako formulirao. Sustavno tumačenje propisa navodi na isti zaključak, u protivnom bi datum ovisio o svakom javnom naručitelju, što je u suprotnosti s pravnom sigurnošću.

66. Prema mišljenju Stadtwerke München, presudni trenutak nije onaj u kojem se odvija (ili prestaje) ponašanje koje izaziva fakultativno isključenje, već kada se u potpunosti ispune uvjeti isključenja, među kojima se nalazi subjektivna komponenta (saznanje javnog naručitelja o razlogu za isključenje). U skladu s ovom pretpostavkom, datum dotičnog događaja je, uobičajeno, dan kada javni naručitelj raspolaže pouzdanim informacijama koje se odnose na postojanje razloga za isključenje.

67. Njemačka i mađarska vlada se uglavnom slažu s tim pristupom. „Dotični događaj” je određen trenutkom u kojem javni naručitelj raspolaže sigurnim i pouzdanim informacijama o postojanju razloga za isključenje, drugim riječima, prema mišljenju mađarske vlade, trenutak u kojem o tome postoji konačna i pravomoćna odluka.

68. Kako ne bi dolazilo do razlika u odgovarajućem upravnom ili kaznenom postupku, grčka vlada se u području javne nabave priklanja primjeni odredbe članka 25. stavka 2. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003¹⁴. Otuda izvodi zaključak da „dotični” označava trenutak kada se zbio događaj koji je doveo do isključenja, a ne kada je javni naručitelj za njega saznao.

¹⁴ Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.)

69. Prema mišljenju poljske vlade, koja je podnijela očitovanje samo o ovom pitanju, „dotični događaj” je sklapanje sporazuma kojim se narušava tržišno natjecanje. Ako ne bi bilo moguće odrediti datum sklapanja tog sporazuma, trebalo bi uzeti u obzir datum događaja koji upućuje na vjerojatnost njegova sklapanja (na primjer, to može biti dan kada je završen postupak nabave u okviru kojeg je utvrđeno da su gospodarski subjekti koji su u njemu sudjelovali pokušali narušiti tržišno natjecanje).

70. Komisija smatra da je moguće uzeti u obzir tri različita datuma: 1) datum kada je došlo do ponašanja koje predstavlja razlog za isključenje; 2) trenutak u kojem se ispunjavaju uvjeti za neki od tih razloga, što je u slučaju točaka (c) i (d) članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24 trenutak u kojem javni naručitelj može dokazati prekršaj gospodarskog subjekta ili ima dovoljno uvjerljive dokaze; i 3) datum kada je tijelo nadležno za istragu konačnom odlukom utvrdilo nedopušteno ponašanje.

71. Prema mišljenju Komisije, pravna sigurnost (zbog koje su vremenski ograničeni razlozi za isključenje) argument je u prilog prvoj od triju navedenih mogućnosti. Međutim, opasnost od dodjele ugovora o javnoj nabavi poduzetniku koji je počinio poslovni prekršaj (a upravo se na tome temelje razlozi za isključenje iz Direktive 2014/24) prednost daje drugoj mogućnosti.

72. Tijekom rasprave Komisija je navela pravila koja uređuju sklapanje ugovora o javnoj nabavi s institucijama Unije, posebno članak 106. stavke 14. i 15. Uredbe (EU, Euratom) br. 966/2012¹⁵ smatrajući ih korisnima za tumačenje članka 57. Direktive 2014/24, s obzirom na to da između tog članka i gore navedenih odredbi mora postojati usuglašenost. Iz toga se, u konačnici, može zaključiti da maksimalno razdoblje na koje gospodarski subjekt može biti isključen jest tri godine od konačne odluke tijela nadležnog za provedbu istrage kojom se izriče kazna.

2. Ocjena

73. Kao što sam već istaknuo, kako bi odredio početak maksimalnog razdoblja isključenja, kada ono nije određeno pravomoćnom presudom, članak 57. stavak 7., *in fine*, Direktive 2014/24 uzima u obzir „datum dotičnog događaja u slučajevima iz stavka 4.”¹⁶ U načelu, dakle, taj pojam obuhvaća ponašanje ili okolnost koji su opisani u različitim slučajevima iz navedenog stavka.

74. Drugo je pitanje – a to je ono koje je postavio sud koji je uputio zahtjev – računa li se razdoblje isključenja od trenutka u kojem se doista dogodilo navedeno ponašanje odnosno okolnost ili od trenutka u kojem javni naručitelj raspolaže sigurnom i pouzdanom informacijom o njegovu postojanju.

75. Mišljenja stranaka u ovom prethodnom postupku kreću se od obrane objektivnog tumačenja usmjerenog na nastanak „dotičnog događaja” do subjektivnog tumačenja zasnovanog na saznanjima javnog naručitelja o toj činjenici.

76. Kao što to ističe Komisija, dok prvo stajalište daje prednost jamstvu pravne sigurnosti, drugo stajalište zagovara zaštitu postupaka javne nabave od rizika koji podrazumijeva prihvaćanje ponuditelja obuhvaćenih razlozima za isključenje.

¹⁵ Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2012. o financijskim pravilima koja se primjenjuju na opći proračun Unije i o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 1605/2002 (SL 2012., L 298, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 7., str. 248.), kako je izmijenjena Uredbom (EU, Euratom) br. 2015/1929 Europskog parlamenta i Vijeća od 28. listopada 2015. (SL 2015., L 286, str. 1.)

¹⁶ Ima slučajeva kada postoji neki oblik sudske odluke (na primjer, u slučaju stečajnog postupka ili postupka likvidacije – okolnost iz točke (b)), dok je u drugim slučajevima postojanje razloga za isključenje moguće utvrditi i bez takve odluke (primjerice, ako je gospodarski subjekt pokušao doći do povjerljivih informacija – okolnost iz točke (i)).

77. Kako bi se odgovorilo sudu koji je uputio zahtjev ipak nije prijeko potrebna detaljna analiza vremenskog sustava razdoblja za isključenje predviđenih Direktivom 2014/24, već je dovoljno osvrnuti se na konkretan razlog za isključenje koji je predmet rasprave.

78. Konkretno, budući da se radi o sudjelovanju društva Vossloh Laeis u zabranjenom sporazumu, koje je utvrdilo i sankcioniralo njemačko tijelo nadležno za zaštitu tržišnog natjecanja, spor je usredotočen na to počinje li trogodišnji rok: (i) kada se dogodilo ili kada je završilo sudjelovanje u zabranjenom sporazumu (objektivni pristup); ili (ii) kada su tijela nadležna za istragu odnosno tijela javnog naručitelja na uvjerljiv način utvrdila nezakonito ponašanje ili ga sankcionirala (subjektivni pristup).

79. Grčka vlada smatra odgovarajućom formulu iz članka 25. stavka 2. Uredbe br. 1/2003 o početku računanja roka zastare u slučaju nezakonitih ponašanja u području zaštite tržišnog natjecanja. Taj rok „počinje teći od dana kada je počinjena povreda propisa. No, u slučaju kontinuirane ili ponovljene povrede, vrijeme zastare računa se od dana kada je prestala povreda propisa”.

80. Naime, ako je zakonodavac Unije odlučio dati prednost pravnoj sigurnosti počinitelja pred učinkovitošću Komisijine ovlasti sankcioniranja, moglo bi se pomisliti da je isti kriterij moguće primijeniti i na dan početka razdoblja isključenja iz postupaka javne nabave.

81. Procjenjujem, međutim, da je takvo gledište nepotpuno. Prilikom primjene određene analogije trebalo bi to učiniti u punoj širini, na način da se – kao i u slučajevima zastare ponašanja koja narušavaju tržišno natjecanje – maksimalan rok isključenja, nakon što je započeo, može prekinuti¹⁷. Mogao bi se, dakle, produljiti i više od tri godine, koje taksativno navodi članak 57. stavak 7. Direktive¹⁸.

82. Zato vjerujem da se do rješenja može doći analogijom, ali primjenjujući metodu povezivanja odredbe s ostatkom sadržaja propisa. U propisu se ističe da, kada je razlog za obavezno isključenje nezakonito ponašanje utvrđeno presudom kojom nije određeno trajanje razdoblja, računanje razdoblja isključenja od pet godina počinje upravo datumom *određivanja kazne*.

83. Prema mojem mišljenju, isti pristup se, bez hermeneutičkih poteškoća, može primijeniti i kada se radi o ponašanjima koja narušavaju tržišno natjecanje, čije se postojanje (zbog pretpostavke nedužnosti) može smatrati dokazanim jedino odlukom, u sudskom ili upravnom postupku.

84. Prema tome, u okolnostima ovog slučaja, članak 57. stavak 7. Direktive 2014/24 ne upućuje na koluzivno ponašanje u užem smislu riječi, da bi ga shvatili kao „dotični događaj”, već na pravnu konstataciju o njegovu postojanju odnosno na pravnu kvalifikaciju radnje koju je nadležno tijelo već sankcioniralo kao nezakonito ponašanje.

85. Drugim riječima, ako postoji odluka u kojoj je izrijeком utvrđeno sudjelovanje gospodarskog subjekta u nezakonitom sporazumu, „dotični događaj” na temelju kojeg javni naručitelj – nadležan za provođenje postupka ili, u određenom slučaju, za isključenje tog gospodarskog subjekta – izračunava maksimalno vrijeme onesposobljavanja, nije samo ponašanje poduzetnika krivog za povredu, već njegova kvalifikacija kao ponašanja koje narušava tržišno natjecanje i izrečena kazna.

¹⁷ U skladu s člankom 25. stavcima 3. i 5. Uredbe br. 1/2003, „Svaka radnja koju poduzme Komisija ili tijelo države članice nadležno za tržišno natjecanje s ciljem istrage ili vođenja postupaka u vezi povrede propisa, prekida vrijeme zastare za izricanje kazni ili periodičnih penala. Prekid zastare nastupa danom kada je najmanje jednom poduzetniku ili udruženju poduzetnika koje je sudjelovalo u povredi propisa dostavljen podnesak. [...] Poslije svakog prekida zastara počinje ponovno teći [...]”.

¹⁸ Odredba koja, za razliku od članka 106. Uredbe br. 966/2012, ne predviđa određeni rok za zastaru isključenja.

86. Prema mojem mišljenju, koje se podudara s onim koje zastupa mađarska vlada i koje je tijekom rasprave izrazila Komisija, navedeni element je relevantan kao *dotični događaj* za javnog naručitelja kako bi se preciziralo maksimalno razdoblje isključenja određenog gospodarskog subjekta. Budući da postoji kazna koju je izreklo tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, javni naručitelj ima sve što mu je potrebno s obzirom na to da je pravno utvrđeno postojanje ponašanja koje podliježe određivanju isključenja. Razdoblje isključenja počinje upravo od tog trenutka, to jest od dana kada je donesena odgovarajuća odluka o izricanju kazne.

VI. Zaključak

87. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem da Sud Vergabekammeru Südbayern (Vijeće za javnu nabavu Južne Bavorske, Njemačka) odgovori sljedeće:

- „1. Članku 80. Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetsom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, u vezi s člankom 57. stavkom 6. drugim podstavkom Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ:
 - protivi se zahtjev da gospodarski subjekt koji nastoji dokazati svoju pouzdanost, usprkos postojanju odgovarajućeg razloga za isključenje, mora aktivno surađivati s javnim naručiteljem kako bi temeljito razjasnio činjenice i okolnosti pod kojima je kao supočinitelj sudjelovao u sporazumima s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja kada je taj isti subjekt, temeljito razjasnivši okolnosti, već aktivno surađivao s tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja koje je istražilo i izreklo kaznu za ta djela;
 - ne protivi se zahtjev države članice za aktivnu suradnju s javnim naručiteljem, kao uvjetom da gospodarski subjekt dokaže svoju pouzdanost i ne bude isključen iz postupka javne nabave, kada se radi o nezakonitom ponašanju za koje činjenice i okolnosti mora pojasniti sam javni naručitelj.
2. Kada gospodarski subjekt podliježe razlogu za isključenje predviđenom člankom 57. stavkom 4. točkom d) Direktive 2014/24, zbog sklapanja sporazuma kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja, a koji su prethodno bili predmetom odluke o izricanju kazne, maksimalno razdoblje isključenja računa se od datuma te odluke.”