



Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (peto vijeće)

11. srpnja 2019.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Provedba postupka javne nabave robe i radova – Direktiva 2014/24/EU – Članak 28. stavak 2. – Ograničeni postupak – Gospodarski subjekti pozvani na podnošenje ponude – Nužnost osiguravanja pravne i materijalne istovjetnosti između prethodno odabranog natjecatelja i natjecatelja koji podnosi ponudu – Načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima”

U predmetu C-697/17,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija), odlukom od 19. listopada 2017., koju je Sud zaprimio 11. prosinca 2017., u postupku

Telecom Italia SpA

protiv

Ministero dello Sviluppo Economico,

Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA,

uz sudjelovanje:

OpEn Fiber SpA,

SUD (peto vijeće),

u sastavu: E. Regan, predsjednik vijeća, K. Lenaerts, predsjednik Suda, u svojstvu suca petog vijeća, C. Lycourgos, E. Juhász (izvjestitelj) i I. Jarukaitis, suci,

nezavisni odvjetnik: M. Campos Sánchez-Bordona,

tajnik: R. Šereš, administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 15. studenoga 2018.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za Telecom Italia SpA, F. Lattanzi, F. Cardarelli i F. S. Cantella, *avvocati*,
- za Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia) SpA, F. Isgrò, P. Messina i D. Cutolo, *avvocati*,

* Jezik postupka: talijanski

- za OpEn Fiber SpA, L. Torchia, *avvocatessa*,
 - za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju G. Aiella, *avvocato dello Stato*,
 - za Europsku komisiju, G. Conte, P. Ondrůšek i T. Vecchi, u svojstvu agenata,
 - za Nadzorno tijelo EFTA-e, M. Sánchez Rydelski i C. Zatschler, u svojstvu agenata,
- saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 23. siječnja 2019.,
donosi sljedeću

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.).
- 2 Zahtjev je upućen povodom pet tužbi što ih je podnio Telecom Italia SpA kako bi ishodio poništenje odluka Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia (Infratel Italia, u daljnjem tekstu: Infratel) – društva koje je Ministero dello Sviluppo Economico (Ministarstvo gospodarskog razvoja, Italija) ovlastilo za upravljanje projektima stvaranja širokopojasne i ultraširokopojasne mreže u Italiji – u vezi s dodjelom ugovora o javnoj nabavi za izgradnju, održavanje i upravljanje javnom ultraširokopojasnom mrežom u više talijanskih regija (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardia, Toskana i Veneto).

Pravni okvir

Pravo Unije

Direktiva 2004/17/EZ

- 3 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 (SL 2004., L 134, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 43.), određuje:

„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.”

Direktiva 2014/24

- 4 U članku 2. stavku 1. točki 12. Direktive 2014/24, „natjecatelj” je definiran kao „gospodarski subjekt koji traži poziv ili je pozvan na sudjelovanje u ograničenom postupku, u natjecateljskom postupku uz pregovore, u pregovaračkom postupku bez prethodne objave, natjecateljskom dijalogu ili partnerstvu za inovacije”.

5 Članak 28. navedene direktive, naslovljen „Ograničeni postupak”, glasi kako slijedi:

„1. U ograničenim postupcima bilo koji gospodarski subjekt može podnijeti zahtjev za sudjelovanje kao odgovor na poziv na nadmetanje koji sadrži informacije utvrđene u Prilogu V. dijelovima B ili C kao što može biti slučaj pružanja informacija za kvalitativni odabir koji zahtijeva javni naručitelj.

[...]

2. Samo oni gospodarski subjekti koje javni naručitelj pozove da to učine slijedom svoje procjene dobivenih informacija mogu dostaviti ponudu. Javni naručitelji mogu ograničiti broj sposobnih natjecatelja koje pozivaju na sudjelovanje u postupku u skladu s člankom 65.

[...]”

Talijansko pravo

6 Decretom legislativo n. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Uredba sa zakonskom snagom br. 50 za prenošenje direktiva 2014/23/EU, 2014/24/EU i 2014/25/EU o dodjeli ugovorâ o koncesiji, javnoj nabavi i nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetske i prometne te sektoru poštanskih usluga kao i za reorganizaciju propisa primjenjivih u materiji javne nabave radova, usluga i robe) od 18. travnja 2016. (redovni dodatak GURI-ju br. 91 od 19. travnja 2016.; u daljnjem tekstu: Zakonik o javnoj nabavi) spomenute direktive prenesene su u talijansko pravo.

7 Člankom 61. Zakonika o javnoj nabavi, naslovljen „Ograničeni postupak” prenesen je članak 28. stavak 2. Direktive 2014/24. Stavkom 3. tog članka propisuje se:

„Ponudu mogu dostaviti samo oni gospodarski subjekti koje javni naručitelj pozove slijedom svoje procjene dobivenih informacija.”

Glavni postupak i prethodno pitanje

8 U svibnju 2016. društvo Infratel pokrenulo je, u ime Ministarstva gospodarskog razvoja, ograničeni postupak u svrhu dodjele ugovora o javnoj nabavi za izgradnju, održavanje i upravljanje ultraširokopojasnom pasivnom mrežnom infrastrukturom u javnom vlasništvu na takozvanim „bijelim” područjima više talijanskih regija (Abruzzo, Molise, Emilia-Romagna, Lombardija, Toskana i Veneto).

9 Navedeni postupak javne nabave odvijao se u okviru provedbe programa državne potpore SA.41647 (2016/N) („Strategia Italiana Banda Ultra-Larga”), o kojem su talijanska tijela obavijestila Komisiju 10. kolovoza 2015. i koji je ona odobrila odlukom od 30. lipnja 2016. [C(2016) 3931 *final*].

10 Spomenuti postupak bio je razdijeljen u pet grupa i odvijao se u sljedećim fazama:

- podnošenje zahtjevâ za sudjelovanje (do 18. srpnja 2016.);
- slanje poziva za sudjelovanje prethodno odabranim subjektima (do 9. kolovoza 2016.) i
- podnošenje ponuda (do 17. listopada 2016.).

- 11 Za svih navedenih pet grupa zahtjeve za sudjelovanje podnijeli su Telecom Italia kao i, među ostalim, Metroweb Sviluppo Srl i Enel OpEn Fiber SpA (u daljnjem tekstu: OpEn Fiber). Iako je prethodno odabran, Metroweb Sviluppo na kraju nije podnio ponudu.
- 12 Infratel je 9. siječnja 2017. objavio popis pozvanih ponuditelja, a 24. siječnja 2017. privremenu rang-listu uspješnih ponuditelja. OpEn Fiber zauzimao je prvo mjesto u svih navedenih pet grupa, dok se Telecom Italia nalazio na drugom mjestu, osim u grupi br. 4, u kojoj je bio treći.
- 13 Nezadovoljan ishodom predmetnog postupka, Telecom Italia zatražio je pristup dokumentima koji se nalaze u spisu tog postupka.
- 14 Iz tih dokumenata proizlazi da su u razdoblju između prethodnog odabira i dana isteka roka za podnošenje ponuda, odnosno 17. listopada 2016., holding društva Enel SpA i Metroweb Italia SpA sklopila 10. listopada 2016. obvezujući okvirni sporazum koji je predviđao to da OpEn Fiber stekne sve dionice Metroweba SpA koje drži Metroweb Sviluppo, čime bi došlo do spajanja s OpEn Fiberom preuzimanjem Metroweba SpA i, posljedično, Metroweb Svilupp. U skladu s tim okvirnim sporazumom, o OpEn Fiberovom preuzimanju Metroweb Svilupp odlučeno je 23. siječnja 2017.
- 15 O predloženoj koncentraciji Europska komisija obaviještena je 10. studenoga 2016., u skladu s Uredbom Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 2004., L 24, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.). U odluci od 15. prosinca 2016. (predmet M.8234 – Enel/CDP Equity/Cassa Depositi e Prestiti/Enel Open Fiber/Metroweb Italia) (SL 2017., C 15, str. 1.) Komisija je navela da se ne protivi navedenom postupku.
- 16 Telecom Italia pobijao je rezultate natječaja u pet grupa tako što je Tribunaleu amministrativo regionale del Lazio (Regionalni upravni sud za Lacij, Italija), podnio pet tužbi koje su redom odbijene. Navedeno se društvo potom žalilo na spomenute odluke Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija).
- 17 Consiglio di Stato (Državno vijeće) dvoji o mogućnosti da se u okviru ograničenog postupka uređenog člankom 28. Direktive 2014/24, poput onog u glavnom postupku, primijeni zahtjev pravne i materijalne istovjetnosti koji je Sud u pogledu članka 51. Direktive 2004/17 utvrdio u presudi od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347).
- 18 Nadalje, spomenuti sud zapaža da je na dan podnošenja ponuda, 17. listopada 2016., postupak spajanja o kojem je riječ u glavnom postupku tek započeo te se okončao naknadno i da se, slijedom navedenog, tog datuma struktura OpEn Fibera još nije izmijenila.
- 19 Navedeni sud smatra da je nemoguće dokazati da su stranke predmetnim sporazumom o spajanju namjeravale provesti protružišni zabranjeni sporazum čiji je cilj ograničavanje tržišnog natjecanja u okviru postupka javne nabave o kojem je riječ u glavnom postupku.
- 20 U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Trebali li prvu rečenicu članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24 tumačiti na način da se njome predviđa puna pravna i gospodarska istovjetnost prethodno odabranih subjekata i onih koji će podnijeti ponude tijekom ograničenog postupka i, konkretno, treba li tu odredbu tumačiti na način da se njome zabranjuje sklapanje sporazuma između holdinga koji nadziru dva prethodno odabrana subjekta, u razdoblju između prethodnog odabira i podnošenja ponuda, kada: (a) takav sporazum ima za cilj i posljedicu (*inter alia*) provedbu spajanja preuzimanjem koje je jedan od prethodno odabranih poduzetnika proveo nad drugim (štoviše, tu je radnju odobrila Europska komisija); (b) su učinci spajanja dovršeni nakon što je poduzetnik preuzimatelj podnio ponudu (zbog čega njegov sastav u trenutku podnošenja ponude nije različit u odnosu na njegov sastav u trenutku prethodnog odabira);

(c) je naknadno preuzeti poduzetnik (čiji sastav nije bio izmijenjen na posljednji dan roka za podnošenje ponuda) svejedno ocijenio da neće sudjelovati u ograničenom postupku, vjerojatno radi provedbe ugovornog programa, koji je određen sporazumom sklopljenim između holdinga?”

Dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku

- 21 Prema mišljenju Infratela, OpEn Fibera i talijanske vlade, zahtjev za prethodnu odluku treba proglasiti nedopuštenim ne samo zato što je irelevantan za glavni postupak nego i zato što je hipotetski odnosno ne odgovara na stvarnu dvojbu suda koji je uputio zahtjev.
- 22 U tom pogledu valja navesti da je isključivo na nacionalnom sudu pred kojim se vodi postupak i koji mora preuzeti odgovornost za sudsku odluku koja će biti donesena da uvažavajući posebnosti predmeta ocijeni nužnost prethodne odluke za donošenje svoje presude i relevantnost pitanja koja postavlja Sudu. Posljedično, kad se postavljena pitanja odnose na tumačenje prava Unije, Sud je u načelu dužan donijeti odluku. Sud može odbiti odlučivati o zahtjevu za prethodnu odluku koji je postavio nacionalni sud samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom spora u glavnom postupku, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi se mogao dati koristan odgovor na upućena pitanja (presuda od 10. srpnja 2018., Jehovan todistajat, C-25/17, EU:C:2018:551, t. 31. i navedena sudska praksa).
- 23 U ovom slučaju, iz odluke kojom je upućeno prethodno pitanje proizlazi da je postupak javne nabave o kojem je u ovom predmetu riječ uređen pravilima iz poziva na nadmetanje, od kojih jedno upućuje na članak 61. Zakonika o javnoj nabavi, kojim se prenosi članak 28. Direktive. Usto, ni iz jednog elementa u spisu nije moguće zaključiti da zatraženo tumačenje prava Unije nema veze s činjeničnim stanjem ili predmetom spora u glavnom postupku odnosno da je problem hipotetski. Naime, kao što je to istaknuo sud koji je uputio zahtjev, postavljeno pitanje ima za cilj omogućiti mu da utvrdi nalaže li se tom odredbom Direktive 2014/24 potpuna istovjetnost između prethodno odabranih subjekata i onih koji podnose ponudu u ograničenom postupku javne nabave.
- 24 Osim toga, iako je točno da Consiglio di Stato (Državno vijeće) navodi razloge koji, prema njegovu mišljenju, idu u prilog određenom tumačenju članka 28. Direktive 2014/24, to ne znači da nema dvojbi u pogledu značenja te odredbe. Iznoseći svoje stajalište, taj sud vjerno surađuje sa Sudom u okviru prethodnog postupka i odgovara na poziv iz točke 17. Preporuka namijenjenih nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka (SL 2018., C 257, str. 1.), na temelju kojeg „ [s]ud koji upućuje zahtjev također može sažeto iznijeti svoje stajalište o odgovoru koji treba dati na upućena prethodna pitanja”, što je u točki 17. ocijenjeno kao naznaka „korisna Sudu”.
- 25 U tim okolnostima valja smatrati da je zahtjev za prethodnu odluku dopušten.

O prethodnom pitanju

- 26 Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li prvu rečenicu članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24 tumačiti na način da joj se – s obzirom na zahtjev pravne i materijalne istovjetnosti između prethodno odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude – protivi to da u okviru ograničenog postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi ponudu podnese prethodno odabrani natjecatelj koji se obvezao preuzeti drugog takvog natjecatelja na temelju sporazuma o spajanju koji je sklopljen u razdoblju između prethodnog odabira i podnošenja ponuda i proveden nakon što su ponude podnesene.

- 27 U skladu s prvom rečenicom članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24, samo oni gospodarski subjekti koje javni naručitelj pozove da to učine slijedom svoje procjene dobivenih informacija mogu dostaviti ponudu.
- 28 To je pravilo predviđeno za ograničeni postupak, koji se odvija u više faza, a osobito za faze prethodnog odabira i podnošenja ponuda.
- 29 Iz teksta prve rečenice članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24 proizlazi da gospodarski subjekt koji podnosi ponudu mora u načelu biti onaj koji je prethodno odabran.
- 30 Ta odredba ne predviđa pravila o eventualnim izmjenama u strukturi ili u ekonomskoj i tehničkoj sposobnosti prethodno odabranog natjecatelja.
- 31 U analognom kontekstu Direktive 2004/17, Sud je razmatrao pitanje utjecaja takvih izmjena na tijek pregovaračkog postupka za dodjelu ugovora o javnoj nabavi u presudi od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347), i to s obzirom na opća načela prava Unije, osobito načelo jednakog postupanja i obvezu transparentnosti koja iz toga proizlazi, kao i s obzirom na ciljeve tog prava u području javne nabave.
- 32 U tom smislu, treba podsjetiti da načelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti znače, među ostalim, da ponuditelji moraju biti ravnopravni i u trenutku kada pripremaju svoje ponude i u trenutku kada ih naručitelj ocjenjuje te čine osnovu pravila Unije o postupcima javne nabave (presuda od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, t. 37. i navedena sudska praksa).
- 33 Načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima, koje ima za cilj podupiranje razvoja zdravog i učinkovitog tržišnog natjecanja među poduzetnicima koji sudjeluju u postupku javne nabave, određuje da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta svojih ponuda imaju jednake izgleda i podrazumijeva podvrgavanje tih ponuda istim uvjetima za sve natjecatelje. Stroga primjena načela jednakog postupanja prema ponuditeljima u okviru pregovaračkog postupka dovodi do zaključka da samo oni gospodarski subjekti koji su prethodno odabrani kao takvi mogu podnijeti ponude i postati uspješni ponuditelji (vidjeti u tom smislu presudu od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, t. 38. i 39.).
- 34 Taj pristup temelji se na članku 28. stavku 2. Direktive 2014/24, prema kojem „[s]amo oni gospodarski subjekti koje javni naručitelj pozove da to učine slijedom svoje procjene dobivenih informacija mogu dostaviti ponudu”, što pretpostavlja pravnu i materijalnu istovjetnost između prethodno odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude (vidjeti po analogiji presudu od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, t. 40.).
- 35 Međutim, Sud je također ocijenio da u pregovaračkom postupku, u slučaju prestanka postojanja prethodno odabrane zajednice subjekata kao takve, koju čine dva gospodarska subjekta, jedan od njih može tu zajednicu zamijeniti i nastaviti taj postupak, čime se ne krši načelo jednakosti, pod uvjetom da se utvrdi da taj gospodarski subjekt sâm ispunjava uvjete koje je prvotno utvrdio javni naručitelj i da nastavak njegova sudjelovanja u navedenom postupku ne dovodi do pogoršanja konkurentskog položaja drugih ponuditelja (vidjeti u tom smislu presudu od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, t. 48. i izreka).
- 36 Valja istaknuti da je u predmetu u kojem je donesena spomenuta presuda izmijenjena i pravna i materijalna istovjetnost između prethodno odabranog subjekta i onog koji je podnio ponudu jer, s jedne strane, postupak nije nastavila zajednica prethodno odabranih subjekata kao takva, nego samo jedan od subjekata koji su je činili i jer je, s druge strane, ekonomska i tehnička sposobnost prvotnog natjecatelja bila smanjena gubitkom sposobnosti jednog od dotičnih subjekata. Međutim, te izmjene nisu mogle spriječiti nastavak postupka ako se ispune uvjeti koje je utvrdio Sud.

- 37 U tom pogledu važno je naglasiti da se glavni predmet, suprotno tomu, odnosi na situaciju u kojoj je jedan od ponuditelja povećao svoju sposobnost preuzimanjem jednog od preostalih prethodno odabranih ponuditelja.
- 38 Stoga valja utvrditi je li u tim okolnostima izmijenjena pravna i materijalna istovjetnost prethodno odabranih ponuditelja.
- 39 U predmetnom je slučaju nesporno da je, kada je riječ o OpEn Fiberu, poštovan uvjet pravne istovjetnosti između prethodno odabranog natjecatelja i onog koji je podnio ponudu.
- 40 Suprotno tomu, iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da su u razdoblju između prethodnog odabira i posljednjeg dana roka za podnošenje ponuda holding društva dvaju ponuditelja, OpEn Fibera i Metroweb Sviluppa, sklopila obvezujući okvirni sporazum koji je trebao dovesti do spajanja tih društava OpEn Fiberovim preuzimanjem Metroweb Sviluppa. Budući da su preuzete čvrste obveze, na temelju kojih je OpEn Fiber trebao steći imovinu Metroweb Sviluppa, i da se stoga prvonavedeno društvo – iako još uvijek u iščekivanju Komisijine odluke – moglo, u svojoj budućoj aktivnosti, razumno osloniti na sposobnost Metroweb Sviluppa, treba zaključiti – iako je do konkretnih i konačnih učinaka predmetnog spajanja došlo tek nakon podnošenja ponuda – da OpEn Fiber nije bio materijalno istovjetan na dan kada je prethodno odabran i na posljednji dan roka za podnošenje ponuda.
- 41 Slijedom navedenog, valja ispitati može li se, unatoč toj materijalnoj neistovjetnosti, smatrati da načelo jednakosti nije povrijeđeno, imajući u vidu kriterije iz presude od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, t. 48.), spomenute u točki 36. ove presude.
- 42 U tom pogledu važno je naglasiti da su, kao što to proizlazi iz točke 37. ove presude, navedeni kriteriji razvijeni u predmetu u kojem je 24. svibnja 2016. donesena spomenuta presuda MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347) i koji se u biti odnosio na okolnosti u kojima je sposobnost prvotnog prethodno odabranog ponuditelja smanjena, dok je u ovom predmetu riječ o situaciji u kojoj je ponuditelj povećao svoju sposobnost stjecanjem jednog od preostalih prethodno odabranih ponuditelja. Ta različitost situacija nužno utječe na primjenu navedenih kriterija na predmetni slučaj jer, nasuprot povećanju ponuditeljeve sposobnosti, njezino smanjenje može dovesti do poteškoća u okviru postupka za dodjelu ugovora o javnoj nabavi.
- 43 Naime, dopustiti podnošenje ponuda natjecatelju čija je ekonomska i tehnička sposobnost osjetno smanjena nakon što je prethodno odabran moglo bi dovesti do zaobilaženja postupka prethodnog odabira, s obzirom na to da natjecatelj čija je sposobnost u toj mjeri smanjena ne bi bio prethodno odabran.
- 44 U pregovaračkom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavi u interesu je javnog naručitelja da prethodno odabrani natjecatelji zadrže svoju ekonomsku i tehničku sposobnost tijekom cjelokupnog postupka jer gubitak te sposobnosti može ugroziti njegov cilj, a to je odabir ponuditelja sposobnog da izvrši spomenuti ugovor.
- 45 S druge strane, povećanje ekonomske i tehničke sposobnosti natjecatelja nakon prethodnog odabira nije protivno interesima javnog naručitelja. Čak se može smatrati prirodnim to da natjecatelj osigura sredstva koja mu omogućuju da zajamči pravilno izvršenje ugovora.
- 46 To povećanje ekonomske i tehničke sposobnosti može uključivati korištenje sredstvima drugih gospodarskih subjekata i, prema potrebi, djelomično ili potpuno preuzimanje gospodarskog subjekta, uključujući i onog koji sudjeluje u istom pregovaračkom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavi.

- 47 Imajući u vidu prethodna razmatranja, treba utvrditi da je u situaciji u kojoj se materijalna sposobnost gospodarskog subjekta koji želi nastaviti sudjelovanje u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi kao ponuditelj isključivo povećala teoretski ispunjen kriterij prema kojem taj subjekt – kad ne postoji njegova pravna ili materijalna istovjetnost u fazi prethodnog odabira i na posljednji dan roka za podnošenje ponuda – mora dokazati da i dalje ispunjava zahtjeve što ih je prvotno utvrdio javni naručitelj.
- 48 Kada je, u predmetnom slučaju, riječ o poštovanju kriterija prema kojem nastavak ponuditeljeva sudjelovanja u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavi ne smije dovesti do pogoršanja konkurentskog položaja drugih ponuditelja, treba istaknuti da se odredbama prava Unije različitima od onih koje uređuju područje javne nabave nastoji osigurati da se slobodno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ne ugrozi radnjama spajanja poput onih u glavnom postupku. Prema tome, dok god gospodarski subjekt postupa uz poštovanje tih posebnih pravila ne može se smatrati da njegovo sudjelovanje u takvoj radnji može, kao takvo, dovesti do pogoršanja konkurentskog položaja drugih ponuditelja samo zato što subjekt nastao spajanjem ima povećanu ekonomsku i tehničku sposobnost.
- 49 Prema tome, preuzimanje poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku treba provesti uz poštovanje Unijinih propisa, osobito Uredbe br. 139/2004.
- 50 Iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da je Komisija 15. prosinca 2016. odlučila, na temelju spomenute uredbe, da se u predmetnom slučaju ne protivi preuzimanju o kojem je obaviještena.
- 51 Također valja dodati da – unatoč tomu što spajanjem dvaju prethodno odabranih ponuditelja kao takvim nije povrijeđeno načelo jednakosti – ne može se isključiti mogućnost da su sudionici u spajanju prije njegove provedbe razmjenjivali osjetljive informacije o postupku javne nabave. Ta bi okolnost mogla, u fazi podnošenja ponuda, donijeti ponuditelju preuzimatelju neopravdane prednosti u odnosu na druge ponuditelje, nužno dovodeći do pogoršanja konkurentskog položaja potonjih (vidjeti po analogiji presudu od 17. svibnja 2018., *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, t. 29.).
- 52 Takva je situacija u načelu dovoljna da javnom naručitelju onemogućiti uzimanje u obzir ponude ponuditelja preuzimatelja (vidjeti po analogiji presudu od 17. svibnja 2018., *Specializuotas transportas*, C-531/16, EU:C:2018:324, t. 31.).
- 53 Međutim, takva se razmjena informacija – kojom se, osim toga, kako je to Komisija istaknula u svojim očitovanjima, može povrijediti članak 7. Uredbe br. 139/2004 koji se odnosi na odgodu svih koncentracija koje se nalaze u njezine području primjene do njihova odobravanja kao i članak 101. UFEU-a – ne može presumirati. Iz informacija kojima Sud raspolaže proizlazi da u predmetnom slučaju nije dokazano nikakvo koluzivno ponašanje.
- 54 Iz svih prethodnih razmatranja proizlazi da prvu rečenicu članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24 treba tumačiti na način da joj se – s obzirom na zahtjev pravne i materijalne istovjetnosti između prethodno odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude – ne protivi to da u okviru ograničenog postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi ponudu podnese prethodno odabrani natjecatelj koji se obvezao preuzeti drugog takvog natjecatelja na temelju sporazuma o spajanju koji je sklopljen u razdoblju između prethodnog odabira i podnošenja ponuda i proveden nakon što su ponude podnesene.

Troškovi

- 55 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (peto vijeće) odlučuje:

Prvu rečenicu članka 28. stavka 2. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ treba tumačiti na način da joj se – s obzirom na zahtjev pravne i materijalne istovjetnosti između prethodno odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude – ne protivi to da u okviru ograničenog postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi ponudu podnese prethodno odabrani natjecatelj koji se obvezao preuzeti drugog takvog natjecatelja na temelju sporazuma o spajanju koji je sklopljen u razdoblju između prethodnog odabira i podnošenja ponuda i proveden nakon što su ponude podnesene.

Potpisi