



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NIILA JÄÄSKINENA
od 8. rujna 2015.¹

Predmet C-324/14

**Partner Apelski Dariusz
protiv
Zarząd Oczyszczania Miasta**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Krajowa Izba Odwoławcza (Poljska))

„Javna nabava – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 48. stavak 3. – Tehnološka i stručna sposobnost gospodarskog subjekta – Oslanjanje ponuditelja, „po potrebi“, na sposobnosti drugih subjekata – Narav odnosa između ponuditelja i tih drugih subjekata – Oblik i stupanj korištenja sposobnosti drugih subjekata – Detalji koji se zahtijevaju u pozivu na nadmetanje – Relevantnost Direktive 2014/24/EU za tumačenje Direktive 2004/18“

I – Uvod

1. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalna žalbena komisija) odnosi se na dva pravna pitanja koja su relevantna u području prava o javnoj nabavi, te na treće pitanje, koje se odnosi na širi opseg u kojem se direktiva koja još nije stupila na snagu u relevantnom razdoblju *ratione temporis*, te čiji rok za provedbu još nije istekao, može koristiti kao pomoć pri tumačenju direktive koju će u konačnici zamijeniti.

2. U biti, Zarząd Oczyszczania Miasta (lokalna uprava za čistoću; u daljnjem tekstu: javni naručitelj), organizacijska jedinica glavnog grada Varšave, isključila je poduzetnika Partner Dariusz Apelski (u daljnjem tekstu: PARTNER) iz postupka javne nabave usluga mehaničkog čišćenja cesta Varšave. To je učinila iz razloga što nije bila uvjerena da bi PARTNER valjano izvršavao ugovor, s obzirom na to da je dio njegove ponude obuhvaćao usluge koje bi pružala treća strana iz drugog, relativno udaljenog, poljskog naselja.

3. U prvoj se skupini pitanja koja je Sudu uputila Krajowa Izba Odwoławcza, u biti, ako ne i isključivo, postavljaju pitanja u pogledu dokaza koje gospodarski subjekt, u skladu s člankom 48. stavkom 3. 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 uslugama², mora podnijeti kada se glede određenog ugovora „oslanja na sposobnosti drugih subjekata“. Ta pitanja uključuju upite o sadržaju poziva na nadmetanje te o pojašnjenju ponude. U drugoj se skupini pitanja postavljaju pitanja glede okolnosti u kojima se već provedena elektronička dražba treba poništiti zbog nepravilnosti u postupku nadmetanja.

¹ — Izvorni jezik: engleski

² — SL 2004., L 134, str. 114. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

4. Naposljetku, posljednjim se pitanjem od Suda traži da odgovori može li se Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ³ koristiti kao vodič za tumačenje Direktive 2004/18 kako bi se riješili dotični problemi, iako Direktiva 2014/24 nije još bila stupila na snagu na dan kada je postupak javne nabave objavljen.

II – Pravni okvir

A – Direktiva 2004/18

5. U članku 2. Direktive 2004/18, koji nosi naslov „Načela sklapanja ugovora”, stoji da se „[j]avni naručitelji [...] prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način.”

6. U članku 44. Direktive 2004/18, koji nosi naslov „Provjera sposobnosti, izbor sudionika i sklapanje ugovora”, stoji sljedeće:

„1. Ugovori se sklapaju na temelju kriterija utvrđenih u člancima 53. i 55., uzimajući u obzir članak 24., nakon što su javni naručitelji provjerili sposobnost gospodarskih subjekata koji nisu isključeni sukladno odredbama članaka 45. i 46. u skladu s kriterijima ekonomske i financijske sposobnosti, stručnog i tehničkog znanja ili sposobnosti navedenima u člancima 47. do 52. i, po potrebi s pravilima o zabrani diskriminacije i kriterijima navedenima u stavku 3.

2. Javni naručitelji mogu tražiti od natjecatelja i ponuditelja da zadovolje minimalne razine sposobnosti u skladu s člancima 47. i 48.

Opseg informacija navedenih u člancima 47. i 48. i minimalne razine sposobnosti koje se zahtijevaju za određeni ugovor moraju biti vezani uz predmet ugovora te biti razmjerni predmetu ugovora.

Ove minimalne razine moraju se navesti u pozivu na nadmetanje.

[...]”

7. U članku 48. Direktive 2004/18, koji nosi naslov „Tehnička i/ili stručna sposobnost”, stoji da:

„1. Tehničke i/ili stručne sposobnosti gospodarskih subjekata procjenjuju se i pregledavaju u skladu sa stavcima 2. i 3.

2. Dokaz o tehničkim sposobnostima gospodarskog subjekta može biti popraćen s jednim ili više sljedećih sredstava ovisno o prirodi, količini ili važnosti, i namjeni radova, robe ili usluga:

(a) (i) [...]

(ii) popis glavnih izvršenih isporuka ili glavnih usluga pruženih u posljednje tri godine, s iznosima, datumima i uključenim primateljima, bilo javnim ili privatnim

[...]

3 — SL 2014., L 94, str. 65.

3. Gospodarski subjekt može se, po potrebi i za određene ugovore, osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobna odnosa. U tom slučaju mora dokazati javnom naručitelju da će imati na raspolaganju resurse nužne za izvršenje ugovora, primjerice, prihvaćanjem obveze tih subjekata da će te resurse staviti na raspolaganje gospodarskom subjektu.

[...]"

8. U članku 51. Direktive 2004/18, koji nosi naslov „Dodatna dokumentacija i informacije” stoji da „[j]avni naručitelj može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili pojasne potvrde i dokumente dostavljene sukladno člancima 45. do 50.”.

9. U članku 54. Direktive 2004/18, koji nosi naslov „Korištenje elektroničkih dražbi”, stoji:

„1. Države članice mogu predvidjeti da se javni naručitelji mogu koristiti elektroničkim dražbama.

[...]

4. Prije započinjanja elektroničke dražbe, javni naručitelji moraju izvršiti punu početnu ocjenu ponuda u skladu s utvrđenim kriterijem/kriterijima za odabir i značajem koji im je pridan.

Svi ponuđači koji su dostavili prihvatljive ponude pozivaju se istodobno elektroničkim putem da dostave nove cijene i/ili nove vrijednosti; [...]

[...]

8. Nakon završetka elektroničke dražbe javni naručitelji sklapaju ugovor u skladu s člankom 53. na temelju rezultata elektroničke dražbe.

Javni naručitelji ne smiju se koristiti elektroničkim dražbama na neprimjeren način ili ih koristiti s ciljem sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja ili promjene predmeta ugovora, kako je naveden u objavljenom pozivu na nadmetanja i kako je definiran u specifikaciji.”

B – Direktiva 2014/24

10. U članku 63. Direktive 2014/24, koji nosi naslov „Oslanjanje na sposobnosti drugih subjekata”, stoji sljedeće:

„1. S obzirom na kriterije koji su vezani uz ekonomsku i financijsku sposobnost kako je određeno sukladno članku 58. stavku 3. i kriterije vezane uz tehničku i stručnu sposobnost kako je određeno sukladno članku 58. stavku 4., gospodarski subjekt može se osloniti, prema potrebi i za određeni ugovor, na sposobnosti drugih subjekata, bez obzira na to kakva je pravna narav veze između njih i njega. S obzirom na kriterije koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije kako je određeno u dijelu II. Prilogu XII. točki (f) ili na relevantno stručno iskustvo, gospodarski subjekti mogu se, međutim, osloniti samo na sposobnosti drugih subjekata ako će oni obaviti radove ili pružiti usluge kod kojih se traže te sposobnosti. Ako se gospodarski subjekt želi osloniti na sposobnosti drugih subjekata, mora dokazati javnom naručitelju da ima na raspolaganju potrebne resurse, na primjer, dostavljanjem obveze tih subjekata u tu svrhu.

[...]

2. U slučaju ugovora o radovima, ugovora o uslugama i poslovima postavljanja ili ugradnje u kontekstu ugovora o nabavi robe, javni naručitelji mogu zahtijevati da određene kritične poslove obavlja izravno sam ponuditelj [...]"

11. U članku 90. stavku 1. Direktive 2014/24, koji nosi naslov „Prenošenje i prijelazne odredbe” stoji da „[d]ržave članice donose zakone i druge propise potrebne za usklađivanje s ovom Direktivom najkasnije do 18. travnja 2016. One Komisiji bez odlaganja dostavljaju tekst navedenih mjera.” U skladu s člankom 93., Direktiva 2014/24 stupila je na snagu dvadesetog dana od dana objave u *Službenom listu Europske unije*, do koje je došlo 28. ožujka 2014.

III – Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

12. Javni naručitelj proveo je postupak javne nabave za „temeljito mehaničko čišćenje cesta glavnog grada Varšave tijekom ljeta i zime za razdoblje od 2014. do 2017. godine — Faza I.” Postupak je objavljen u *Službenom listu Europske unije* od 24. prosinca 2013., jer je vrijednost nabave bila veća od pragova Unije. Javni naručitelj je predmet nabave podijelio na 8 grupa koje su se odnosile na pojedine gradske četvrti Varšave te je dopustio podnošenje ponuda za pojedine grupe bez ograničenja broja grupa za koje gospodarski subjekt može podnijeti ponudu. Proveo je otvoreni postupak (neograničeno podnošenje ponuda), za koji je bilo predviđeno održavanje elektroničke dražbe.

13. Zimsko čišćenje sastoji se od sprečavanja i uklanjanja poledice putem posipanja soli i razbijanja leda na državnim, regionalnim, okružnim i općinskim cestama koje se koriste za javni gradski prijevoz. Ljetno čišćenje uključuje metenje i pranje cesta. Sukladno specifikacijama, gospodarski subjekti morali su dokazati da su tijekom tri godine (ili kraćeg razdoblja obavljanja djelatnosti) koje su prethodile datumu isteka roka za dostavu ponuda, izvršili, ili izvršavaju, uslugu ili usluge zimskog održavanja cesta ukupne vrijednosti od najmanje 1.000.000 poljskih zlota.

14. Javni naručitelj je naznačio da će pri ocjeni je li taj uvjet ispunjen uzeti u obzir samo usluge koje su uključivale korištenje vlažne soli za sprečavanje ili uklanjanje poledice⁴. Javni naručitelj je također naveo da je vrijednost pruženih usluga morala biti razmjerno veća ako se ponuda odnosila na više od jedne grupe, odnosno 1 000 000 zlota pomnoženo s brojem grupa za koje je podnesena ponuda. Stoga, ako je gospodarski subjekt stavio ponudu za osam grupa, morao je dokazati da je pružio usluga u vrijednosti od najmanje 8 000 000 zlota.⁵

15. Na popisu usluga priloženih ponudi, PARTNER je naveo 14 usluga, od kojih je za 12 imao vlastito iskustvo, a za dvije se pozivao na iskustvo društva PUM Sp. z o.o. (u daljnjem tekstu: društvo PUM), sa sjedištem u Grudziądzu (naselju koje je 227 kilometara udaljeno od Varšave), koje je bilo drugi subjekt na čije se resurse PARTNER oslanjao. PARTNER je ponudi priložio prihvrat obveze od strane društva PUM da će „staviti na raspolaganje potrebne resurse”. Poduzetnik je opisao način na koji će se koristiti ti resursi, odnosno usluge savjetovanja koje obuhvaćaju, među ostalim, osposobljavanje radnika gospodarskog subjekta te pružanje savjeta gospodarskom subjektu, uključujući pomoć pri rješavanju bilo kojih problema koji bi se mogli pojaviti prilikom izvršavanja ugovora.

16. Nakon što je javni naručitelj 11. ožujka 2014. obavijestio PARTNERA o svojem mišljenju da gospodarski subjekt nema potrebna sredstva za izvršenje ugovora, PARTNER je 18. ožujka 2014. odgovorio da, ako javni naručitelj smatra da je navedeno iskustvo nedovoljno, njegovo ostalo iskustvo treba raspodijeliti u sljedećem redoslijedu: grupe V., I., II., III., VIII., IV., VII., VI. U tom smislu, tvrdio je da se, ako gospodarski subjekt podnese ponudu za više grupa, ponuda može posebno ocjenjivati u odnosu na svaku pojedinu grupu. Stoga, isključenje gospodarskog subjekta ili odbijanje njegove ponude ne može se odnositi na cijeli ugovor, nego samo na pojedine njegove grupe u pogledu kojih gospodarski subjekt ne ispunjava uvjete.

4 — Odnosno, korištenje natrijeva klorida ili mješavine natrijeva klorida i kalcijeva klorida, koji se navlažuje prilikom posipanja te se pretvara u solnu otopinu.

5 — U zahtjevu za prethodnu odluku stoji da je javni naručitelj na raspravi pred nacionalnim sudom naveo kako je ispunjenje tog uvjeta ocjenjivao zbrajanjem vrijednosti usluga čije je pružanje dokazano i prihvaćeno te dijeljenjem dobivenog broja s 1 000 000, čime bi se došlo do broja grupa u pogledu kojih je gospodarski subjekt ispunjavao taj uvjet.

17. Javni naručitelj nije uzeo u obzir djelomično iskustvo PARTNERA, te ga je isključio iz postupka u pogledu svake od grupa na temelju članka 24. stavka 2. točke 4. Zakona o javnoj nabavi (Ustawa PZP)⁶ s obrazloženjem da nije dokazao da ispunjava uvjete za sudjelovanje u postupku. Javni naručitelj je istaknuo da, s obzirom na specifičnu narav posla, poznavanje topografije grada i vrijeme potrebno za dostizanje posebnih standarda zimskog održavanja itd., pouzdano ispunjenje obveza koje proizlaze iz provedenog postupka ne bi bilo moguće bez osobnog sudjelovanja društva PUM u izvršenju obveza iz ugovora. Nakon toga je javni naručitelj održao elektroničku dražbu na koju PARTNER nije pozvan sudjelovati.

18. U žalbi koju je podnijela Krajowa Izba Odwoławcza, PARTNER je tvrdio da je ocjena ponuda koju je javni naručitelj proveo bila manjkava. Naveo je kako javni naručitelj nije u specifikacijama istaknuo da je za ispunjenje uvjeta koji se tiče relevantnog znanja i iskustva potrebno da subjekt koji je PARTNERU stavio na raspolaganje znanje i iskustvo osobno sudjeluje u izvršenju ugovora, niti da se to iskustvo mora odnositi na posebno topografsko znanje.

19. Krajowa Izba Odwoławcza uputila je Sudu sljedeća prethodna pitanja u skladu s člankom 267. UFEU-a.

- „(1) Treba li odredbe članka 48. stavka 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 [...] tumačiti na način da se pod izrazom ‚po potrebi‘ – koji se odnosi na situaciju u kojoj se gospodarski subjekt može osloniti na sposobnost drugih subjekata – misli na svaku situaciju u kojoj gospodarski subjekt nema sposobnost koju zahtijeva javni naručitelj i namjerava se osloniti na odgovarajuće sposobnosti drugih subjekata? Ili napomena da se gospodarski subjekt može samo ‚po potrebi‘ osloniti na sposobnosti drugih subjekata predstavlja ograničenje kojem je cilj da se subjekt može samo iznimno osloniti na te sposobnosti, a ne pravilo pri podnošenju dokaza o sposobnosti od strane gospodarskog subjekta u postupku javne nabave?
- (2) Treba li odredbe članka 48. stavka 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 tumačiti na način da činjenica da se gospodarski subjekt oslonio na sposobnosti drugih subjekata koje se tiču znanja i iskustva ‚bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobna odnosa‘ i da ‚ima na raspolaganju resurse‘ tih subjekata, podrazumijeva da, prilikom izvršenja ugovora, gospodarski subjekt nije obavezan održavati odnose s tim subjektima ili s njima može održavati neformalne i nedefinirane odnose, u smislu da navedeni gospodarski subjekt može sam izvršiti ugovor (bez sudjelovanja drugog subjekta) ili da to sudjelovanje bude u formi ‚savjeta‘, ‚konzultacija‘, ‚usavršavanja‘ itd.? Ili članak 48. stavak 3. treba tumačiti na način da je drugi subjekt na čije se sposobnosti gospodarski subjekt oslanja obavezan stvarno i osobno izvršiti ugovor u mjeri u kojoj su njegove sposobnosti prijavljene?
- (3) Treba li odredbe članka 48. stavka 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 tumačiti na način da se gospodarski subjekt, koji raspolaže vlastitim iskustvom, ali u manjoj mjeri pa ga onda ne želi naznačiti javnom naručitelju (primjerice jer je ono nedovoljno za stavljanje ponude za sve grupe ugovora), može također osloniti na sposobnosti drugih subjekata kako bi poboljšao svoj položaj u postupku?
- (4) Treba li odredbe članka 48. stavka 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 tumačiti na način da javni naručitelj može (ili čak mora) u pozivu na nadmetanje ili u specifikaciji navesti pravila prema kojima se gospodarski subjekt može oslanjati na sposobnosti drugih subjekata, poput načina sudjelovanja drugog subjekta u izvršenju ugovora ili udruživanja sposobnosti

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (Zakon o javnoj nabavi) (pročišćeni tekst, *Dziennik Ustaw* iz 2013., poglavlje 907.). U članku 24. stavku 2. točki (4) stoji: „[s]ljedeći se natjecatelji moraju isključiti iz postupaka javne nabave [...] gospodarski subjekti koji ne uspiju dokazati da ispunjavaju uvjete za sudjelovanje u postupku [...]”.

gospodarskog subjekta i drugog subjekta ili pak mora li drugi subjekt biti solidarno odgovaran s gospodarskim subjektom za izvršenje sukladno ugovoru u mjeri u kojoj se gospodarski subjekt oslonio na sposobnosti tog drugog subjekta?

- (5) Je li, na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima navedenog u članku 2. Direktive 2004/18, moguće oslanjanje na sposobnosti drugog subjekta, u skladu s člankom 48. stavkom 3., na način da se sposobnosti dvaju ili više subjekata koji ne posjeduju sposobnosti što se tiče znanja i iskustva koje zahtijeva javni naručitelj udruže?
- (6) Posljedično, treba li, na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima navedenog u članku 2. Direktive 2004/18, članak 44. i članak 48. stavak 3. Direktive 2004/18 tumačiti na način da uvjeti sudjelovanja u postupku, koje postavlja javni naručitelj, mogu, u svrhu sudjelovanja u postupku, biti ispunjeni samo formalno, i to neovisno o stvarnim sposobnostima gospodarskog subjekta?
- (7) Na temelju načela jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima navedenog u članku 2. Direktive 2004/18, ako javni naručitelj dozvoli stavljanje ponuda za grupe ugovora, može li gospodarski subjekt nakon stavljanja ponude, primjerice dopunom ili pojašnjenjem dokumenata, prijaviti na koje grupe ugovora se odnose resursi koje je naveo kako bi dokazao da ispunjava uvjet sudjelovanja u postupku?
- (8) Dopušta li načelo jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načelo transparentnosti navedeno u članku 2. Direktive 2004/18 poništenje provedene dražbe i ponavljanje elektroničke dražbe ako je ona sadržavala bitnu nepravilnost, primjerice ako na dražbu nisu bili pozvani svi gospodarski subjekti koji su stavili prihvatljivu ponudu?
- (9) Dopušta li načelo jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima te načelo transparentnosti navedeno u članku 2. Direktive 2004/18 dodjelu ugovora gospodarskom subjektu čija je ponuda bila izabrana na kraju takve dražbe bez njezina ponavljanja, s obzirom na to da se ne može utvrditi bi li sudjelovanje neuključenog gospodarskog subjekta izmijenilo njezin rezultat?
- (10) Može li se sadržaj odredbi i preambule Direktive 2014/24 [...] koristiti kao vodič za tumačenje odredbi Direktive 2004/18, iako rok za provedbu prvonavedene još nije istekao, u mjeri u kojoj pojašnjava određene pristupe i namjere zakonodavca Unije i u kojoj nije protivna odredbama Direktive 2004/18?"

20. Pisana su očitovanja podnijeli PARTNER, društva Remondis sp.z o.o. i Mr Road Service sp. Z o.o., kao intervenijenti u glavnom postupku, španjolska, latvijska i poljska vlada te Komisija. Svi navedeni, osim latvijske vlade, sudjelovali su na raspravi održanoj 7. svibnja 2015., kao i javni naručitelj, iako nije podnio pisana očitovanja.

IV – Analiza

A – Pitanja glede oslanjanja na tehničke i stručne sposobnosti drugog gospodarskog subjekta (prvo, drugo, treće, peto i šesto pitanje)

21. Ovim pitanjima, koja ću zajedno razmotriti, nacionalni sud koji je uputio zahtjev u biti traži smjernice o okolnostima u kojima se ponuditelj, za određeni ugovor, može osloniti na sposobnosti drugih subjekata glede tehnoloških i/ili stručnih sposobnosti prilikom podnošenja ponude. Ta je mogućnost predviđena u članku 48. stavku 3. Direktive 2004/18. Smatram da se ta pitanja, u osnovi, odnose na tri problema. To su (1) pravo ponuditelja da se za ispunjenje uvjeta ugovora oslanja na

sposobnosti drugih subjekata glede tehničkih i/ili stručnih sposobnosti; (2) stvarnost oslanjanja na sposobnosti trećih strana, te; (3) jesu li te sposobnosti prenosive u smislu da je moguće na njih se osloniti s obzirom na narav i svrhu dotičnog ugovora. Suvišno je istaknuti da je članak 2., koji utjelovljuje opće načelo nediskriminacije i transparentnosti, relevantan pri davanju odgovora na sva pitanja.

22. Za početak, korisno je upozoriti na razliku između oslanjanja na sposobnosti drugih subjekata na temelju članka 48. stavka 3. Direktive 2004/18, i podizvođenja kako je uređeno njezinim člankom 25. Kako je Španjolska istaknula u svojem pisanom očitovanju, te su dvije pravne mogućnosti različite u dva pogleda. U pogledu oslanjanja na sposobnosti trećih strana, one su integrirane sa sposobnostima ponuditelja prije dodjele ugovora, dok se podizvođenje zaključuje u trenutku izvršenja ugovora. Kao drugo, podizvođenje podliježe ograničenjima koja se ne primjenjuju na oslanjanje na sposobnosti trećih strana⁷.

1. Pravo ponuditelja da se oslanja na sposobnosti drugih subjekata

23. Što se tiče riječi „po potrebi” iz članka 48. stavka 3. Direktive 2004/18, one ne nameću nikakvo sadržajno ograničenje glede okolnosti u kojima se gospodarski subjekt prilikom podnošenja ponude u postupku javne nabave može pozvati na resurse treće strane.

24. U svojem sam mišljenju u predmetu *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130) istaknuo da tekst članka 48. stavka 3. upućuje na pravo gospodarskih subjekata da tu metodu izaberu za ispunjavanje kriterija za odabir ponude, pod uvjetom da mogu dokazati da doista imaju na raspolaganju resurse drugih odnosnih subjekata koji su potrebni za izvršenje dotičnog ugovora⁸. To je tumačenje najviše u skladu s ciljem da se postupci javne nabave otvore što većem broju natjecatelja te da se malim i srednjim poduzećima omogući bolji pristup njima.

25. Nadalje, Sud je u presudi od 2. prosinca 1999., *Holst Italia*, (C-176/98, EU:C:1999:593), zaključio, što je kasnije potvrđeno člankom 48. stavkom 3. Direktive 2004/18, da priroda pravnog odnosa između gospodarskog subjekta i treće strane na koju se oslanja nije važna⁹.

26. Stoga, s obzirom na sudsku praksu Suda, načelno nema prepreka tomu da se ponuditelj dodatno oslanja na sposobnosti drugih subjekata da bi poboljšao svoj položaj u postupku javne nabave. Međutim, to mora biti u skladu s ograničenjima koje ću u nastavku razmatrati. Kako je Komisija istaknula u svojim pisanim očitovanjima, bitno je ima li ponuditelj *doista na raspolaganju* sposobnosti drugih subjekata za pravilno izvršenje ugovora. Ta „mogućnost” ne mora imati nikakav konkretan pravni oblik.

7 — U članku 25. Direktive 2004/18 stoji da u ugovornim dokumentima javni naručitelj može zahtijevati, ili država članica može od njega tražiti da zahtijeva, da ponuditelj u svojoj ponudi navede dio ugovora koji namjerava dati u podugovor trećim stranama i sve predložene podizvoditelje. U tom članku se dalje navodi da to ne utječe na pitanje odgovornosti glavnog gospodarskog subjekta.

8 — *Ibid.*, t. 24. Također vidjeti presudu od 18. ožujka 2004., *Siemens i ARGE Telekom* (C-314/01, EU:C:2004:159), t. 46., te presude od 14. travnja 1994., *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133) i od 18. prosinca 1997., *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jääskinena u predmetu *Swm Costruzioni i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130), t. 22. To se stajalište temelji na zaključcima Suda u presudama od 18. prosinca 1997., *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, EU:C:1997:636) i od 14. travnja 1994., *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133), u kojima su se dotični pravni odnosi ticali društava iz iste grupacije. Vidjeti t. 20. do 22. mišljenja.

2. Stvarnost sposobnosti treće strane na koje se ponuditelj oslanja

27. Neovisno o tome što je izneseno u prethodnim točkama, na ponuditeljima koji se oslanjanju na sposobnosti drugih subjekata leži teret da javnom naručitelju dokažu da su im one doista na raspolaganju¹⁰. Iz te perspektive, najbolje bi bilo članak 48. stavak 3. shvaćati kao da nameće obvezu dokazivanja, te da se njime ocjenjivanje tih dokaza prepušta javnim naručiteljima. Sukladno članku 44. stavku 1. Direktive 2004/18, na javnim naručiteljima je da provjere sposobnost natjecatelja ili ponuditelja u skladu s kriterijima iz članka 47. do 52. Direktive 2004/18¹¹. Drugim riječima, kao što su javni naručitelj i Poljska naglasili na raspravi, javni naručitelji obvezni su osigurati da uspješni ponuditelj doista može pravilno izvršiti ugovor.

28. Cilj odredbi Direktive 2004/18 u pogledu sudjelovanja trećih strana u izvršenju javnih ugovora je da se izbjegne situacija u kojoj bi poduzetnik imao pravo pristupa postupku javne nabave iako nema sredstva potrebna za izvršenje ugovora. Stoga se člankom 48. stavkom 3. Direktive 2004/18 javnim naručiteljima zabranjuje, jer imaju određene obveze, da samo formalno pristupe dokazima koje ponuditelj podnese. Drugim riječima, nije prihvatljivo da se ponuditelji pozivaju na sposobnosti trećih strana ako to čine samo kako bi formalno ispunili uvjet minimalne sposobnosti naveden u pozivu na nadmetanje.

3. Prenosivost tehnoloških i/ili stručnih sposobnosti

29. Sud je u presudi *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646) članak 47. stavak 2. i članak 48. stavak 3. Direktive 2004/18, u vezi s člankom 44. stavkom 2. Direktive 2004/18, protumačio u smislu da se protive općem pravilu kojim se gospodarskim subjektima koji sudjeluju u postupku javne nabave radova zabranjuje da se oslanjaju na sposobnosti više od jednog poduzeća za istu kategoriju kvalifikacija. Međutim, Sud je također istaknuo da „se [ne može] isključiti da postoje radovi s posebnostima koje zahtijevaju određene sposobnosti koje nije prikladno ostvariti kumuliranjem manjih sposobnosti nekoliko subjekata” te da bi, „[u] tom slučaju, javni naručitelj [...] opravdano mogao tražiti da minimalnu razinu sposobnosti mora ispuniti jedan gospodarski subjekt”¹².

30. Međutim, u ovom je predmetu problem jesu li sposobnosti povezane s tehnološkim i stručnim sposobnostima navedene u obavijesti o sklopljenom ugovoru prenosive. Ako nisu, PARTNER ne ispunjava uvjete da bude ponuditelj.

31. Prenosivost tehnoloških sposobnosti odnosi se na pitanje može li se tehnologija ili *know-how* smisleno prenijeti s jednog gospodarskog subjekta na drugi, primjerice putem konzultacija i pružanjem savjeta. U pisanim očitovanjima javljaju se pitanja glede toga mogu li se takve sposobnosti različitih subjekata općenito pridodavati, što je, prema mojem mišljenju, pristup koji je zakonodavac Unije zauzeo u članku 48. Direktive 2004/14. Međutim, u glavnom se postupku spor odnosi na pitanje je li se tehnološka sposobnost društva PUM mogla prenijeti na PARTNER bez da prvonavedeni gospodarski subjekt sam izravno sudjeluje u izvršenju ugovora. Spor se ne tiče jednostavnog pridodavanja sličnih sposobnosti onima koje PARTNER već ima.

32. Mnogo ovisi o činjenicama te o prirodi i predmetu ugovora. Postoje sposobnosti koje su prenosive. Zamislimo postupak javne nabave od strane javnog pružatelja zdravstvenih usluga koji se odnosi na preglede za oblik raka korištenjem uobičajene tehnologije, koji će se provoditi za definiranu skupinu ljudi. Nadalje, zamislimo da u uvjetima javne nabave stoji da u nejasnim slučajevima nalaze mora potvrditi specijalist koji ima određene i visoke stručne kvalifikacije. U takvim okolnostima nema

10 — Vidjeti moje mišljenje u predmetu *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130) t. 23.

11 — Presuda od 10. listopada 2013., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), t. 26. Slično tomu, vidjeti presudu od 2. prosinca 1999., *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593), t. 28.

12 — Presuda od 10. listopada 2013., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), t. 35.

razloga zašto se ponuditelj ne bi mogao osloniti na treću stranu koja će pružiti potrebne konzultacije. Međutim, ako se javna nabava odnosi na preglede korištenjem nove metodologije koja nije uobičajena, javni naručitelj razumno može zahtijevati da sam ponuditelj ima relevantnu sposobnost. Ovdje se bavimo pitanjem činjeničnih okolnosti javne nabave.

33. Stoga, kako sam već spomenuo, mora se uzeti u obzir priroda svakog ugovora te potreba koju treba zadovoljiti. To je pitanje koje nacionalni sud treba ocijeniti.

34. Pitanje, koje se mora posebno razmatrati za svaki pojedini slučaj, je i može li javni naručitelj zahtijevati da treća strana sudjeluje u izvršenju ugovora, kao jedini način da se dokaže kako dotični ponuditelj ima na raspolaganju relevantne sposobnosti. To sve ovisi o prirodi i cilju ugovora. Prema mojem mišljenju, lako je zamisliti slučajeve u kojima je izvršenje obveze toliko tehnički složeno da je mora izvršiti treća strana koja posjeduje relevantnu stručnost, ako se netko oslanja na njezine sposobnosti, odnosno da je ne može izvršiti sam ponuditelj na osnovi savjeta i konzultacija koje pruža ta treća strana.

4. Posredni zaključak

35. Na temelju gore navedenog, na prvo, drugo, treće, peto i šesto pitanje može se odgovoriti na sljedeći način: članak 44. i članak 48. stavak 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da izraz „po potrebi” ne nameće nikakvo sadržajno ograničenje glede okolnosti u kojima se gospodarski subjekt može osloniti na sposobnosti drugih subjekata kako bi javnom naručitelju dokazao da će imati tehnološke i/ili stručne sposobnosti potrebne za izvršenje određenog javnog ugovora. Priroda pravnih odnosa između gospodarskog subjekta i treće strane nije relevantna, ali gospodarski subjekt mora biti u mogućnosti javnom naručitelju dokazati da doista ima na raspolaganju sva sredstva za izvršenje ugovora. Ponuditelj se može osloniti na sposobnosti drugih subjekata kako bi dokazao svoje tehnološke i/ili stručne sposobnosti, u skladu s ograničenjima koja proizlaze iz prirode i cilja ugovora koji se mora izvršiti.

B – Poziv na nadmetanje, specifikacije i solidarna odgovornost (četvrto pitanje)

36. Četvrto pitanje se, u biti, odnosi na to može li javni naručitelj (ili možda čak mora) u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama odrediti pravila prema kojima se ponuditelji mogu, odnosno ne mogu, oslanjati na sposobnosti drugih subjekata. Konkretnije, može li javni naručitelj odrediti način na koji je ponuditelj obavezan sudjelovati u izvršenju ugovora, način na koji se sposobnosti dotičnog ponuditelja i drugih subjekata mogu udružiti te hoće li drugi subjekt zajedno s ponuditeljem biti solidarno odgovoran za pravilno izvršenje ugovora u mjeri u kojoj se ponuditelj oslanja na njegove sposobnosti?

37. Španjolska u svojim pisanim očitovanjima ističe da se u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama trebaju navesti pravila prema kojima se ponuditelj može osloniti na sposobnosti drugih subjekata, pod uvjetom da su ti zahtjevi proporcionalni te izravno povezani s predmetom odnosnog ugovora. Poljska u svojim pisanim očitovanjima tvrdi slično.

38. Međutim, ja smatram da je ispravno Komisijino stajalište. Ona u svojim pisanim očitovanjima ističe da javni naručitelji, s obzirom na to da se ponuditelji mogu osloniti na sposobnosti trećih strana, ne smiju nametati nikakve izričite uvjete koji mogu biti prepreka tom pravu. Ponuditelj ima pravo odrediti kako će se koristiti tim sposobnostima. Komisija ispravno dodaje da je, iz praktičnih razloga, javnom naručitelju gotovo nemoguće unaprijed odrediti načine na koje je moguće osloniti se na sposobnosti drugih; ne može unaprijed predvidjeti sve moguće slučajeve za korištenje sposobnosti drugih. To je, naravno, uvjetovano nedostatkom kriterija predviđenih u sudskoj praksi vezanoj uz predmet Swm 2 costruzione glede slučajeva u kojima je takvo oslanjanje isključeno.

39. Za to su pitanje relevantna opća načela koja je Sud razvio u pogledu poziva na nadmetanje i specifikacija, te *načelo transparentnosti*. Podsjećam da je cilj obveze transparentnosti osobito zajamčiti nemogućnost arbitrarnog ponašanja javnog naručitelja¹³, te da načelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti zabranjuju javnom naručitelju da odbije ponudu koja udovoljava zahtjevima poziva na nadmetanje, pozivajući se pritom na razloge koji nisu predviđeni tim pozivom¹⁴. Također ističem da u članku 23. stavku 2. Direktive 2004/18 stoji da tehničke specifikacije „moraju omogućiti jednaki pristup za ponuditelje i ne smiju imati učinak stvaranja neopravdanih prepreka otvaranju javne nabave nadmetanju”, dok prema članku 23. stavku 3. točki (c), tehničke specifikacije mogu uključivati izvedbene zahtjeve.

40. Prema mojem mišljenju, ako su ispunjeni posebni uvjeti predviđeni u presudi Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, t. 35.), te javni naručitelj odredi, *kao uvjet postupka javne nabave*, da minimalnu razinu sposobnosti mora ispuniti jedan gospodarski subjekt sam, tada je to potrebno unaprijed navesti u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama. U takvim je okolnostima isključena mogućnost oslanjanja na sposobnosti treće strane na temelju članka 48. stavka 3. Direktive 2004/18. To se čini kao jedini način da se udovolji obvezi transparentnosti pri ocjeni prihvatljivosti natjecatelja jer inače potencijalni ponuditelji ne bi bili informirani o svim obveznim i bezuvjetnim zahtjevima vezanima za minimalne sposobnosti¹⁵.

41. Međutim, to je pitanje različito od ocjene ispunjava li *doista* ponuditelj koji se oslanja na sposobnosti treće strane uvjete tehnološke i/ili stručne sposobnosti koji se traže u pozivu na nadmetanje. To se može razmotriti samo na temelju ponuda kada se uspoređuju sa zahtjevima glede sposobnosti iz poziva na nadmetanje i iz specifikacija, u s obzirom na gore opisane kriterije u kontekstu prvog, drugog, trećeg, petog i šestog pitanja.

42. Naposljetku, što se tiče solidarne odgovornosti, Komisija se u svojim pisanim očitovanjima poziva na članak 63. stavak 1. treći podstavak Direktive 2014/24 radi potpore tvrdnjama u njezin prilog. PARTNER i Španjolska, s druge strane, tvrde da nametanje solidarne odgovornosti nije moguće, s obzirom da je samo ponuditelj koji je sudjelovao u postupku javne nabave odgovoran za izvršenje ugovora, a ne treći subjekt na čije se sposobnosti oslanjao.

43. Iz razloga koje ću navesti u svojem odgovoru na deseto pitanje, iz Direktive 2014/24 ne mogu se izvesti nikakva bezuvjetna pravila glede primjene Direktive 2004/18, zato jer ih u Direktivi 2004/18 nema ili zato jer predviđaju detaljnije zahtjeve od njezinih odgovarajućih odredbi. Stoga bi solidarna odgovornost trebala biti isključena prije isteka razdoblja za provedbu Direktive 2014/24.

44. Iz tih bi razloga Sud na četvrto pitanje trebao odgovoriti tako da se članak 48. stavak 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da je javni naručitelj, u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama, obavezan navesti svaki uvjet koji zabranjuje pozivanje na članak 48. stavak 3. Direktive 2004/18 radi dokazivanja da su ispunjeni uvjeti glede minimalnih sposobnosti. Javni naručitelj inače ne smije u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama predvidjeti izričite uvjete ili pravila o tome mogu li se, i kako, ponuditelji oslanjati na sposobnosti drugih.

13 — Presuda od 16. travnja 2015., SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), t. 26. i navedena sudska praksa

14 — *Ibid.*, t. 28.

15 — Analogijom, vidjeti sudske prakse o kriterijima za odabir ponude, primjerice presudu od 10. prosinca 2009., Komisija protiv Francuske (C-299/08, EU:C:2009:769), t. 41., u kojoj je Sud zaključio da se „i na temelju načela jednakog postupanja i na temelju obveze transparentnosti koja iz njega proizlazi, predmet svake javne nabave te *kriteriji za odabir ponude* moraju jasno definirati” (moje isticanje). Također vidjeti presudu od 24. studenoga 2005., ATI EAC e Viaggi di Maio i drugi (C-331/04, EU:C:2005:718), u kojoj su, u točki 32., predviđene granice davanja određenog značaja podelementima kriterija za odabir ponude, te presudu od 12. prosinca 2002., Universale-Bau i drugi (C-470/99, EU:C:2002:746), t. 100., prema kojoj je javni naručitelj bio obavezan u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama navesti pravila za pridavanje značaja kriterijima za odabir natjecatelja koje će se pozvati da podnesu ponudu.

C – Pojašnjenje ponude (sedmo pitanje)

45. Sedmo pitanje se, u biti, odnosi na razmjer dijaloga koji je moguć između javnog naručitelja i ponuditelja, primjerice u kontekstu nadopunjavanja ili objašnjavanja dokumenata nakon podnošenja ponude, kada je moguće podnijeti ponudu za pojedine grupe. U tom pogledu, podsjećam da sukladno članku 51. Direktive 2004/18 javni naručitelj može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili pojašne potvrde i dokumente dostavljene sukladno člancima 45. do 50. te direktive.

46. Po mojem mišljenju, Sud može na ovo pitanje kratko odgovoriti. Sud je već isključio mogućnost bilo kakvih pregovora između javnog naručitelja i nekog od ponuditelja. Javni naručitelji ne mogu tražiti pojašnjenje ponuda za koje smatraju da su neprecizne ili da ne ispunjavaju tehničke zahtjeve iz specifikacija prije nego odbiju takve ponude¹⁶.

47. Ponuda se ne može mijenjati nakon što se podnese, ni na inicijativu ponuditelja ni na inicijativu javnog naručitelja¹⁷. Potonji iznimno može tražiti objašnjenje detalja, kao što su puka pojašnjenja ili ispravke očitih sadržajnih pogrešaka, bez da traži ili prihvati bilo kakve izmjene ponude¹⁸.

48. Prema mojem mišljenju, pružanje informacija glede redoslijeda prioriteta grupa obuhvaćenih ponudom nakon njezina podnošenja nije puko preciziranje, već sadržajna izmjena ponude. Njihovo prihvaćanje predstavljalo bi povredu načela poštenog tržišnog natjecanja. To ne spada u skupinu iznimnih okolnosti u kojima su pojašnjenja ponuda dopuštena.

49. Stoga smatram da na sedmo pitanje treba odgovoriti u smislu da, u slučajevima kada je moguće podnijeti ponudu za pojedine grupe, načelo jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima iz članka 2. Direktive 2004/18 ne dopušta da gospodarski subjekt, nakon što je podnio ponudu, precizira kojim se grupama trebaju pripisati resursi koje je naveo kako bi dokazao da ispunjava uvjete za sudjelovanje u postupku.

D – Nepravilnosti u elektroničkoj dražbi (osmo i deveto pitanje)

50. Osmo i deveto pitanje odnose se na posljedice koje, u pogledu dodjele ugovora, nastaju kada nije svim prihvatljivim ponuditeljima dopušteno da sudjeluju u elektroničkoj dražbi.

51. Za početak, podsjećam da se, u skladu s člankom 54. stavkom 4. drugim podstavkom Direktive 2004/18, „[s]vi ponuđači koji su dostavili prihvatljive ponude pozivaju [...] istodobno elektroničkim putem da dostave nove cijene i/ili nove vrijednosti”. Člankom 54. stavkom 8. Direktive 2004/18 zabranjuje se korištenje elektroničkih dražbi radi, među ostalim, sprečavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja. Nadalje, ističem da nacionalni sud ne ispituje pravna sredstva koja gospodarski subjekti imaju na raspolaganju u pogledu nepravilnosti u elektroničkoj dražbi¹⁹, već obveze javnog naručitelja u takvoj situaciji prema Direktivi 2004/18.

16 — Presuda od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i drugi (C-599/10, EU:C:2012:191), t. 36. i 37. Podsjećam da je u Direktivi 2004/18 predviđena mogućnost natjecateljskog dijaloga u pogledu posebno složenih ugovora (članak 29.) i pregovaračkih postupaka (članak 30.). Te odredbe, međutim, nisu relevantne za dotični predmet.

17 — Vidjeti presudu od 10. listopada 2013., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) u kojoj je Sud, u točki 31., zaključio da su „[n]ačelo jednakog postupanja i obveza transparentnosti u suprotnosti [...] s bilo kakvim pregovaranjem između javnog naručitelja i ponuditelja u okviru postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi, što podrazumijeva da načelno ponuda ne može biti modificirana nakon njezine dostave, bilo na inicijativu javnog naručitelja ili ponuditelja. Slijedi da javni naručitelj ne može zahtijevati razjašnjenja od ponuditelja kada ocijeni da je ponuda neprecizna ili da nije u skladu s tehničkim specifikacijama”.

18 — Presuda od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i drugi (C-599/10, EU:C:2012:191), t. 40. i 41. Također vidjeti presudu od 10. listopada 2013., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), t. 32.

19 — Ista su predviđena u Direktivi 89/665/EEZ 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 (SL 1989., L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.).

52. Prema mojem mišljenju, ako je prihvatljivi ponuditelj koji ispunjava kriterije iz poziva na nadmetanje i tehnoloških specifikacija trebao biti pozvan da sudjeluje u elektroničkoj dražbi, sukladno članku 54. stavku 4., ali nije, tada iz zahtjeva za jednako i nediskriminirajuće postupanje iz članka 2. Direktive 2004/18 proizlazi da dražbu treba ponoviti. To vrijedi neovisno o tome bi li sudjelovanje tog subjekta izmijenilo ishod dražbe ili ne²⁰. To znači da se ugovor ne može dodijeliti na temelju nezakonitih ili nepravilnih elektroničkih dražbi te vrste.

53. Stoga, predlažem da se na osmo i deveto pitanje odgovori u smislu da članak 2. Direktive 2004/18 zahtijeva poništenje i ponavljanje elektroničke dražbe ako natjecatelj koji ispunjava kriterije za sudjelovanje u postupku javne nabave nije bio pozvan na elektroničku dražbu.

E – Može li se Direktiva 2014/24 uzeti u obzir pri tumačenju Direktive 2004/18? (deseto pitanje)

54. Nacionalni sud koji je uputio zahtjev u desetom pitanju pita je li pri tumačenju Direktive 2004/18 dopušteno kao vodič koristiti sadržaj odredbi Direktive 2014/24, i njezine preambule, iako razdoblje za provedbu potonje još nije isteklo, u mjeri u kojoj objašnjava određene pristupe i namjere zakonodavca Unije te nije u suprotnosti s Direktivom 2004/18.

55. To je pitanje povezano s činjenicom da članak 63. stavak 1. Direktive nosi naslov „Oslanjanje na sposobnosti drugih subjekata” te sadrži pravila primjenjiva na dotičnu situaciju koja su podrobnija od onih iz Direktive 2004/18. U članku 63. stavku 1. Direktive 2014/24, kao i u članku 48. stavku 3. Direktive 2004/18, predviđeno je da „pravna narav” veze između subjekata nije važna. Međutim, u članku 63. stavku 1. Direktive dodaje se da se dotični gospodarski subjekt, kada ovisi o „obrazovnim i stručnim kvalifikacijama” ili o „stručnom iskustvu”, može osloniti na sposobnosti drugih subjekata samo ako će oni obaviti radove ili pružiti usluge kod kojih se traže te sposobnosti. Osim toga, u članku 63. stavku 2. Direktive 2014/24 stoji da javni naručitelji mogu zahtijevati da određene kritične poslove obavlja izravno sam ponuditelj.

56. Za početak ističem da se problem s kojim se nacionalni sud suočava tiče odnosa *između dva zakonodavna akta Unije*. Stoga, sudska praksa u vezi obveza država članica tijekom razdoblja za provedbu direktive²¹ glede tumačenja nacionalnog prava tijekom tog razdoblja²² nije relevantna.

57. Osim toga, podsjećam da je Sud nedavno zaključio da se Direktiva 2014/24/EU, ako je stupila na snagu nakon nastanka činjeničnog stanja iz dotičnog glavnog postupka, ne može primijeniti na taj spor²³. To je u skladu s njegovim prijašnjim zaključcima u kontekstu prijelaznog razdoblja između Direktive 93/37/EEZ od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima²⁴ i Direktive 2004/18. U predmetu u kojem je ponuda bila isključena iz postupka javne nabave prije datuma isteka razdoblja za provedbu Direktive 2004/18, Sud je zaključio da bi „bilo suprotno načelu pravne sigurnosti ako bi se pravo koje se primjenjuje na slučaj iz glavnog postupka odredilo s obzirom na datum dodjele ugovora”²⁵. Stoga je zaključio da „Direktiva 2004/18 nije

20 — PARTNER je na raspravi naveo kako nije bio pozvan da sudjeluje u elektroničkoj dražbi za dodjelu predmetnog ugovora.

21 — Vidjeti, primjerice, mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), t. 29., u kojem su navedene presude od 18. prosinca 1997., Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), t. 45.; od 8. svibnja 2003., ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265), t. 58., i od 11. rujna 2012., Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias i drugi (C-43/10, EU:C:2012:560), t. 57.

22 — *Ibid.*, gdje se navodi presuda od 4. srpnja 2006., Adeneler i drugi (C-212/04, EU:C:2006:443) t. 122. i 123.

23 — Presuda od 26. ožujka 2015., Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), t. 24.

24 — SL 1993., L 199, str. 54.

25 — Presuda od 15. listopada 2009., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), t. 29.

primjenjiva na odluku koju je javni naručitelj donio prilikom dodjele ugovora o javnim radovima prije isteka razdoblja za provedbu te direktive”²⁶. Međutim, nacionalni sud se u dotičnom predmetu ne zanima za detalje glede odnosa između određenih odredbi stare i nove direktive, već traži samo općenite smjernice.

58. Ipak, Sud se prilikom tumačenja Direktive 2004/18 u barem jednoj prilici oslonio i na uvodnu izjavu i na odredbu Direktive 2014/24. Međutim, nije objasnio razloge zbog kojih je to učinio²⁷.

59. Prema mojem mišljenju, odnos između dva uzastopna zakonodavna akta Unije u pogledu tumačenja mora se ocijeniti s obzirom na namjeru zakonodavca. Međutim, način na koji je deseto pitanje formulirano nije od pomoći u tom smislu, jer nije jasno odnosi li se izraz „određeni pristupi i namjere zakonodavca Unije” na iste u kontekstu Direktive 2014/24 ili u kontekstu Direktive 2004/18.

60. Za mene je jasno da Direktiva 2014/24 ne može objasniti namjeru zakonodavca u Direktivi 2004/18. Međutim, iz preambule i odredbi Direktive 2014/24 može proizlaziti da je namjera zakonodavca u vezi nekih od njezinih odredbi bila da se kodificira postojeća sudska praksa u kojoj je primijenjena Direktiva 2004/18. U takvim situacijama nema prepreka tomu da se kasnija direktiva uzme u obzir pri tumačenju ranije. S druge strane, ako je namjera zakonodavca da se udalji od odredbi Direktive 2004/18, ili od postojeće sudske prakse, tada nova direktiva ne može služiti kao vodič pri tumačenju prethodne.

61. S druge strane, nacionalni sud koji je uputio zahtjev spominje uvjet. U desetom pitanju se implicira da će uzimanje u obzir Direktive 2014/24/EU biti zabranjeno ako je „protivno Direktivi 2004/18”. To proizlazi, naravno, iz načela pravne sigurnosti koje zabranjuje retroaktivnu primjenu akta koji nije primjenjiv *ratione temporis*²⁸.

62. Međutim, bit pitanja su odredbe Direktive 2014/24 koje dopunjuju Direktivu 2004/18 ili sudsku praksu u kojoj je primijenjena ako nema logičnog proturječja između akata, u vezi čega Direktiva 2004/18 ne predviđa ništa ili je neprecizna.

63. Prema mojem mišljenju, iz načela pravne sigurnosti slijedi da se bezuvjetna pravila i uvjeti koji se temelje na Direktivi 2014/24 ne mogu primijeniti kao „tumačenja” Direktive 2004/18 na štetu gospodarskih subjekata koji sudjeluju u postupcima javne nabave. Međutim, ako je kod relevantnih odredbi Direktive 2014/24 namjera zakonodavca da se usklađenost postojećeg zakonodavstva i sudske prakse dodatno poboljša, a ne naruši, tada ne postoje nikakve prepreke njihovu korištenju kao vodiča pri tumačenju Direktive 2004/18.

26 — *Ibid.*, t. 30. Dodao bih da je taj pristup u skladu s pristupom Suda u presudama od 11. svibnja 1999., Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242), t. 27., i od 5. listopada 2000., Komisija protiv Francuske (C-337/98, EU:C:2000:543), t. 38. i 39.

27 — Presuda od 18. prosinca 2014., Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), t. 37. Također ističem da se nezavisna odvjetnica Kokott u svojem mišljenju u predmetu Auroux i drugi (C-220/05, EU:C:2006:410), t. 50. pozivala na odredbu Direktive 2004/18 radi potvrde tumačenja Direktive 93/37, iako prvonavedena još nije bila relevantna *ratione temporis*. Sud je, međutim, u točki 61. svoje presude Auroux i drugi (C-220/05, EU:C:2007:31) istaknuo da dotična odredba nije „primjenjiva *ratione temporis* na činjenično stanje iz glavnog postupka”. Također vidjeti zapažanje iz mišljenja nezavisnog odvjetnika Wahla u predmetu Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i drugi (C-113/13, EU:C:2014:291) t. 40., i t. 8. presude od 11. prosinca 2014., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i drugi (C-113/13, EU:C:2014:2440), gdje je Sud isključio iz primjene Direktivu 2014/24.

28 — Ovdje podsjećam na poznati navod Suda u presudi od 13. studenoga 1990., Fédesa i drugi (C-331/88, EU:C:1990:391), t. 45., u kojoj je zaključio da „načelo pravne sigurnosti općenito zabranjuje da mjera Zajednice stupi na snagu prije njezine objave, osim u slučaju ako to traži svrha koja se želi postići te ako se valjano poštuju legitimna očekivanja zainteresiranih strana”. Ti potrebni uvjeti za retroaktivnost nisu ispunjeni u ovom slučaju.

64. Iz tih razloga predlažem da se na deseto pitanje odgovori u smislu da je prilikom tumačenja odredbi Direktive 2004/18 dopušteno kao vodič za tumačenje koristiti sadržaj odredbi Direktive 2014/24 i njezine preambule, iako razdoblje za njezinu provedbu nije još isteklo, u mjeri u kojoj se njome kodificira, ili dopunjava, sudska praksa u kojoj je primijenjena Direktiva 2004/18, pod uvjetom da te odredbe nisu protivne Direktivi 2004/18 te da ne predviđaju bezuvjetna pravila ili uvjete koji su na štetu gospodarskih subjekata.

V – Zaključak

65. Na temelju navedenih razloga, predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na pitanja koja je uputio Krajowa Izba Odwoławcza:

Prvo, drugo, treće, peto i šesto pitanje

Članak 44. i članak 48. stavak 3. 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, u vezi s člankom 2. iste, treba tumačiti u smislu da izraz „po potrebi” ne nameće nikakvo sadržajno ograničenje glede okolnosti u kojima se gospodarski subjekt može osloniti na sposobnosti drugih subjekata kako bi javnom naručitelju dokazao da će imati tehnološke i/ili stručne sposobnosti potrebne za izvršenje određenog javnog ugovora. Priroda pravnih odnosa između gospodarskog subjekta i treće strane nije relevantna, ali gospodarski subjekt mora biti u mogućnosti javnom naručitelju dokazati da doista ima na raspolaganju sva sredstva za izvršenje ugovora. Ponuditelj se može osloniti na sposobnosti drugih subjekata kako bi dokazao svoje tehnološke i/ili stručne sposobnosti, u skladu s ograničenjima koja proizlaze iz prirode i cilja ugovora koji se mora izvršiti.

Četvrto pitanje

Članak 48. stavak 3. u vezi s člankom 2. Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da je javni naručitelj, u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama, obavezan navesti svaki uvjet koji zabranjuje pozivanje na članak 48. stavak 3. Direktive 2004/18 radi dokazivanja da su ispunjeni uvjeti glede minimalnih sposobnosti. Javni naručitelj inače ne smije u pozivu na nadmetanje ili u specifikacijama predvidjeti izričite uvjete ili pravila o tome mogu li se, i kako, ponuditelji oslanjati na sposobnosti drugih.

Sedmo pitanje

U slučajevima kada je moguće podnijeti ponudu za pojedine grupe, načelo jednakog i nediskriminirajućeg postupanja prema gospodarskim subjektima iz članka 2. Direktive 2004/18 ne dopušta da gospodarski subjekt, nakon što je podnio ponudu, precizira kojim se grupama trebaju pripisati resursi koje je naveo kako bi dokazao da ispunjava uvjete za sudjelovanje u postupku.

Osmo i deveto pitanje

Članak 2. Direktive 2004/18 zahtijeva poništenje i ponavljanje elektroničke dražbe ako natjecatelj koji ispunjava kriterije za sudjelovanje u postupku javne nabave nije bio pozvan na elektroničku dražbu.

Deseto pitanje

Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ može se koristiti kao vodič za tumačenje Direktive, iako razdoblje za provedbu Direktive 2014/24 još nije isteklo, ali samo u mjeri u kojoj se njome kodificira, ili dopunjava,

sudska praksa u kojoj je primijenjena Direktiva 2004/18, te pod uvjetom da relevantne odredbe Direktive 2014/24 nisu protivne Direktivi 2004/18 te da ne predviđaju obvezna pravila ili uvjete koji su na štetu gospodarskih subjekata.