



Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (veliko vijeće)

24. svibnja 2016.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Članak 267. UFEU-a – Nadležnost Suda – Kvalifikacija tijela koje je uputilo zahtjev kao suda – Javna nabava u sektoru željezničkih infrastruktura – Pregovarački postupak – Direktiva 2004/17/EZ – Članak 10. – Članak 51. stavak 3. – Načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima – Zajednica sastavljena od dvaju društava koja je prihvaćena kao ponuditelj – Ponuda koju je podnijelo jedno od dvaju društava u svoje ime, s obzirom na to da je drugo društvo proglasilo stečaj – Društvo koje se smatra sposobnim da ga se samog prihvati kao ponuditelja – Dodjela ugovora tom društvu“

U predmetu C-396/14,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Klagensævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu, Danska), odlukom od 18. kolovoza 2014., koju je Sud zaprimio 20. kolovoza 2014., u postupku

MT Højgaard A/S,

Züblin A/S

protiv

Banedanmark,

SUD (veliko vijeće),

u sastavu: K. Lenaerts, predsjednik, A. Tizzano, potpredsjednik, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešić, J. L. da Cruz Vilaça i A. Arabadžiev, predsjednici vijeća, E. Juhász (izvjestitelj), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C. G. Fernlund i C. Vajda, suci,

nezavisni odvjetnik: P. Mengozzi,

tajnik: I. Illéssy, administrator,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 8. rujna 2015.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za društva MT Højgaard A/S i Züblin A/S, T. Høg, *advokat*,
- za dansku vladu, C. Thorning, u svojstvu agenta, uz asistenciju R. Holdgaarda, *advokat*,
- za Europsku komisiju, L. Grønfeldt, M. Clausen i A. Tokár, u svojstvu agenata,

* Jezik postupka: danski

saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 25. studenoga 2015.,
donosi sljedeću

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje načela jednakog tretmana gospodarskih subjekata iz članka 10. 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.), u vezi s člankom 51. te direktive.
- 2 Zahtjev je upućen u okviru spora između društava MT Højgaard A/S i Züblin A/S, s jedne strane, i Banedanmarka, upravitelja željezničke infrastrukture u Danskoj, s druge strane, o ispravnosti Banedanmarkove dodjele ugovora o javnoj nabavi u svojstvu naručitelja društvu Per Aarsleff A/S.

Pravni okvir

Pravo Unije

- 3 Uvodna izjava 9. Direktive 2004/17 navodi:

„Kako bi se zajamčilo otvaranje ugovora o javnoj nabavi tržišnom natjecanju, a koje sklapaju subjekti koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga, potrebno je izraditi propise za usklađivanje ugovora iznad određene vrijednosti na razini Zajednice. To se usklađivanje temelji na zahtjevima koji se mogu zaključiti iz članaka 14., 28. i 49. Ugovora o osnivanju Europske zajednice i iz članka 97. Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju, i to na načelu jednakog tretmana, čije je načelo nediskriminacije samo određeniji izraz, načelu uzajamnog priznavanja, načelu razmjernosti, kao i načelu transparentnosti. S obzirom na prirodu sektora na koje se to usklađivanje odnosi, ono bi trebalo uspostaviti okvir za dobru trgovinsku praksu i omogućiti maksimalnu fleksibilnost uz istodobno osiguranje primjene tih načela.

[...]”

- 4 Članak 10. te direktive, pod naslovom „Načela sklapanja ugovora”, predviđa:

„Naručitelji postupaju s gospodarskim subjektima na jednak i nediskriminirajući način te djeluju transparentno.”

- 5 U članku 11. stavku 2. navedene direktive, naslovljenom „Gospodarski subjekti”, predviđa se:

„Zajednice gospodarskih subjekata mogu dostaviti ponude ili se mogu predložiti za natjecatelje. Naručitelji ne smiju od tih zajednica zahtijevati da poprime određeni pravni oblik kako bi mogle podnijeti ponudu ili zahtjev za sudjelovanje; međutim, to se može tražiti od odabrane zajednice kada je sklopljen ugovor u onoj mjeri u kojoj je ta promjena potrebna za zadovoljavajuće izvršavanje ugovora.”

6 U članku 51., naslovljenom „Opće odredbe”, koji se nalazi u poglavlju VII. te direktive, određeno je:

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

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

[...]

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

7 U skladu s člankom 54. Direktive 2004/17, naslovljenim „Uvjeti sposobnosti”:

„1. Naručitelji koji određuju uvjete sposobnosti u otvorenom postupku to čine u skladu s objektivnim pravilima i kriterijima koji su dostupni zainteresiranim gospodarskim subjektima.

2. Naručitelji koji provode odabir natjecatelja za ograničene ili pregovaračke postupke to čine prema objektivnim pravilima i kriterijima koje su utvrdili, a koji su dostupni zainteresiranim gospodarskim subjektima.

3. U ograničenim ili pregovaračkim postupcima kriteriji se mogu temeljiti na objektivnoj potrebi naručitelja da smanji broj natjecatelja na razinu koja je opravdana potrebom uspostavljanja ravnoteže između određenih svojstava postupka nabave i resursa potrebnih za njegovu provedbu. Međutim, pri određivanju broja odabranih natjecatelja treba uzeti u obzir potrebu za osiguranjem odgovarajućeg natjecanja.

[...]”

Dansko pravo

8 Članak 2. podstavak prvi lova om visse erhvervsdrivende virksomheder (Zakon o određenim komercijalnim djelatnostima), objavljen u Aktu o pročišćenom tekstu br. 1295 od 15. studenoga 2013., sadržava sljedeću definiciju, utvrđenu u skladu sa sudskom praksom i doktrinom:

„U smislu ovog zakona, pod pojmom ‚javno trgovačko društvo’ podrazumijeva se poduzetnik u kojem su svi članovi osobno, neograničeno i solidarno odgovorni za svoje obveze.”

Glavni postupak i prethodno pitanje

- 9 Pozivom objavljenim u siječnju 2013. Banedanmark je pokrenuo pregovarački postupak s prethodnim pozivom na nadmetanje u smislu članka 47. Direktive 2004/17 s ciljem dodjele ugovora o javnoj nabavi u svezi s izgradnjom nove željezničke linije između gradova Kopenhagena i Ringsteda, projekta pod nazivom „TP 4 Urban Tunnels”. Za dodjelu ugovora primijenjen je kriterij ekonomski najpovoljnije ponude.
- 10 U skladu s pozivom na nadmetanje, Banedanmark je namjeravao pozvati četiri do šest natjecatelja da dostave ponude te bi, ako bi njihov broj bio veći od šest, obavio prethodnu procjenu. Nadalje, iz specifikacija proizlazi da je pokrenuti postupak predviđao da se ponuditelji pozovu da podnesu tri uzastopne ponude tijekom postupka. Pregovaranje bi se odvijalo nakon podnošenja prvih dviju ponuda, a treća i posljednja trebala je dovesti do dodjele ugovora.
- 11 Pet gospodarskih subjekata podnijelo je zahtjev za sudjelovanje u okviru prethodnog odabira. Među njima bila je zajednica koju su osnovala društva MT Højgaard i Züblin (u daljnjem tekstu: zajednica Højgaard i Züblin) i zajednica koju su osnovala društva Per Aarsleff i E. Pihl og Søn A/S (u daljnjem tekstu: zajednica Aarsleff i Pihl). Banedanmark je prethodno odabrao ukupno pet natjecatelja te ih je pozvao da dostave ponude.
- 12 Jedan od poduzetnika u lipnju 2013. povukao se iz postupka, tako da su ostala samo četiri prethodno odabrana ponuditelja.
- 13 Ugovor o osnivanju zajednice Aarsleff i Pihl sklopljen je 26. kolovoza 2013. između tih dvaju društava. Nadležni je sud istog datuma donio presudu kojom se proglašava stečaj društva E. Pihl og Søn. Banedanmark je o toj presudi obaviješten tijekom poslijepodneva istog dana te je odmah ispitao društvo Per Aarsleff o njezinu utjecaju na postupak nabave u tijeku. Unatoč tom proglašenju stečaja, zajednica Aarsleff i Pihl podnijela je 27. kolovoza 2013. prvu ponudu, koju su potpisala ta dva društva, ali ne i stečajni upravitelj.
- 14 Banedanmark je 15. listopada 2013. obavijestio sve ponuditelje o svojoj odluci da se društvu Per Aarsleff odobri da sâmo nastavi sudjelovati u postupku. Banedanmark je tu odluku opravdao utvrđenjem da je društvo Per Aarsleff, koje je bilo prvi poduzetnik u Danskoj prema prometu u poslovnim godinama 2012. i 2013., ispunjavalo uvjete za sudjelovanje u pregovaračkom postupku, čak i bez tehničkih i financijskih sposobnosti društva E. Pihl og Søn. Osim toga, društvo Per Aarsleff preuzelo je pedesetero zaposlenika društva E. Pihl og Søn, uključujući i ključne osobe za realizaciju projekta o kojem je riječ.
- 15 Društvo Per Aarsleff podnijelo je drugu ponudu u vlastito ime, naznačivši da je podnosi kao sljednik zajednice Aarsleff i Pihl te da stečajni upravitelj nije naveo namjerava li nastaviti ispunjavati ugovor zajednice i da je, slijedom toga, društvo Per Aarsleff raskinulo taj ugovor. Nakon ocjenjivanja ponuda pristiglih u drugom krugu, Banedanmark je pod uvjetima iz poziva na nadmetanje odabrao tri ponude s ciljem utvrđivanja koja je od njih ekonomski najpovoljnija te je od triju odabranih ponuditelja zatražio da podnesu treću i posljednju ponudu. Među njima su bili društvo Per Aarsleff i zajednica Højgaard i Züblin. Te ponude 12. prosinca 2013. dostavila su tri ponuditelja.
- 16 Banedanmark je 20. prosinca 2013. obavijestio tri odabrana ponuditelja da je ugovor odlučio dodijeliti društvu Per Aarsleff, čija je ponuda bila ekonomski najpovoljnija s gledišta kvalitete i cijene. Ta se ponuda odnosila na iznos od 920 300 000 danskih kruna (DKK) (otprilike 123 402 000 eura).
- 17 Nakon te odluke, MT Højgaard i Züblin obratili su se Klagenævnetu for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu, Danska) tvrdeći, među ostalim, da je Banedanmark povrijedio načela jednakog tretmana i transparentnosti iz članka 10. Direktive 2004/17 omogućivši društvu Per Aarsleff da sudjeluje u

postupku umjesto zajednice Aarsleff i Pihl a da to društvo nije bilo prethodno osobno odabrano. MT Højgaard i Züblin zatražili su stoga od Klagensævnetu for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) da poništi odluku o dodjeli ugovora društvu Per Aarsleff i naloži suspenziju njezina izvršenja.

- 18 Klagensævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) najprije je odlučio ne odobriti suspenzivan učinak žalbi. Nadalje, u svojoj odluci kojom se upućuje prethodno pitanje smatrao je da bi na temelju dostavljenih podataka o društvu Per Aarsleff ono bilo prethodno odabrano da je podnijelo zahtjev za sudjelovanje u svoje ime, a ne posredstvom zajednice Aarsleff i Pihl. Klagensævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) također navodi da nijedna odredba danskog prava ne zabranjuje izmjenu sastava zajednice poduzetnika koja sudjeluje u postupku javne nabave do koje je došlo nakon podnošenja ponuda.
- 19 Klagensævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) također primjećuje da Banedanmark u pozivu na nadmetanje nije postavio minimalne zahtjeve glede tehničkih kapaciteta ponuditelja kao i to da je trebao provesti kvalitativnu ocjenu zahtjeva za sudjelovanje samo ako ih je bilo više od šest. Društvo Per Aarsleff moglo je, dakle, biti prethodno odabrano u svoje ime a da nije bilo dio zajednice Aarsleff i Pihl. Činjenica da je društvo Per Aarsleff zamijenilo tu zajednicu, osim toga, nema nikakav utjecaj na položaj ponuditelja jer nijedan natjecatelj nije bio isključen tijekom prethodnog odabira i nijedan ne bi bio odbijen da je društvo Per Aarsleff podnijelo zahtjev za sudjelovanje u vlastito ime. Nadalje, treba razlikovati situaciju u kojoj je do izmjene zajednice došlo prije dodjele ugovora od one u kojoj je do te izmjene došlo nakon te dodjele.
- 20 Međutim, Klagensævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) izražava određenu suzdržanost glede spojivosti provedenog postupka s načelom jednakog tretmana, ističući da u svezi s javnom nabavom u sektorima aktivnosti koji ulaze u područje primjene Direktive 2004/17 zakonodavac Europske unije nije utvrdio jednako detaljna pravila o primjeni tog načela poput onih iz 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.).
- 21 S obzirom na ta razmatranja, Klagensævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Treba li načelo jednakog tretmana iz članka 10. u vezi s člankom 51. Direktive 2004/17/EZ tumačiti na način da naručitelju, u situaciji poput one u glavnom postupku, zabranjuje dodjelu ugovora ponuditelju koji se nije prijavio za postupak prethodnog odabira i koji zato u njemu nije bio prethodno odabran?”

Nadležnost Suda

- 22 U točki 15. presude od 18. studenoga 1999., Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567) Sud je Klagensævnetu for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) priznao svojstvo „suda” u smislu članka 267. UFEU-a. Međutim, danska vlada navodi da je, nasuprot tomu, Sud u presudi od 9. listopada 2014., TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265) zaniijekao to svojstvo Teleklagenævnetu (Žalbena komisija u području telekomunikacija, Danska). Slijedom toga, zahtijeva od Suda da dodatno pojasni s tim u svezi primjenjive kriterije te da potvrdi, prema potrebi, svojstvo „suda” Klagensævnetu for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu).
- 23 S tim u svezi, treba podsjetiti da Sud, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, da bi ocijenio ima li tijelo koje je uputilo zahtjev svojstvo „suda”, a što je pitanje koje proizlazi isključivo iz prava Unije, uzima u obzir sve elemente, kao što su njegova utemeljenost na zakonu, stalnost, svojstvo obvezne

nadležnosti, kontradiktorna narav postupka, primjena pravnih pravila te njegova neovisnost (presuda od 6. ožujka 2015., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, t. 17. i navedena sudska praksa).

- 24 U glavnom postupku ni iz jednog elementa iz spisa podnesenog Sudu ne proizlazi da tijelo koje je uputilo zahtjev ne ispunjava kriterije koji se odnose na njegovu utemeljenost na zakonu, stalnost, svojstvo obvezne nadležnosti, kontradiktornu narav postupka koji se pred njim vodi i njegovu primjenu pravnih pravila.
- 25 Glede kriterija neovisnosti – koji Teleklagenævnet (Žalbena komisija u području telekomunikacija), u skladu s utvrđenjem Suda u presudi od 9. listopada 2014., TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), na koju se pozvala danska vlada, nije ispunjavao – najprije valja utvrditi da, za razliku od potonjeg žalbenog tijela, Klagenævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) ne nastupa kao stranka u žalbenim postupcima protiv svojih odluka pred redovnim sudovima. Iz toga proizlazi da ima svojstvo treće strane u odnosu na stranke u sporu, posebice u odnosu na tijelo koje je donijelo odluku koja se pred njim pobija.
- 26 Nadalje, valja napomenuti da, kao što je to naveo nezavisni odvjetnik u točki 44. svojeg mišljenja, iz spisa proizlazi da Klagenævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) nema nikakve funkcionalne veze s Ministarstvom poduzetništva i rasta. Činjenica da je tajništvo tog tijela povezano s navedenim ministarstvom ne dovodi u sumnju taj zaključak. Osim toga, navedeno tijelo obavlja svoje funkcije potpuno samostalno, ne podliježući nikakvom hijerarhijskom odnosu i ne primajući upute ni od koga (vidjeti u tom smislu presudu od 6. listopada 2015., Consorci Sanitari del Maresme C-203/14, EU:C:2015:664, t. 19. i navedenu sudsku praksu).
- 27 Glede neovisnosti članova od kojih je sastavljeno tijelo koje je uputilo zahtjev, valja naglasiti da su oni, u skladu s člankom 1. stavkom 4. bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (Uredba br. 887 o žalbenoj komisiji u području javne nabave, kako je izmijenjena) od 11. kolovoza 2011., dužni obavljati svoje funkcije samostalno.
- 28 Iz spisa proizlazi da je tijelo koje je uputilo zahtjev, u skladu s člankom 9. stavkom 1. lova nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (Zakon br. 492 o provedbi pravila za provedbu postupaka javne nabave, kako je izmijenjen) od 12. svibnja 2010. (u daljnjem tekstu: Zakon br. 492), sastavljeno od predsjednika i određenog broja potpredsjednika, koji čine predsjedništvo, te određenog broja članova iz redova stručnjaka. U skladu s člankom 9. stavkom 2. podstavkom drugim Zakona br. 492, predsjedništvo je sastavljeno od sudaca općinskih i viših regionalnih sudova.
- 29 Sastav Klagenævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) je uravnotežen. U svojem uobičajenom sastavu sastavljen je od jednog člana predsjedništva u svojstvu predsjednika i jednog člana iz redova stručnjaka. Osim toga, na temelju članka 10. stavka 5. Zakona br. 492, odluke se donose običnom većinom glasova, pri čemu u slučaju izjednačenosti prevladava predsjednikov glas. Slijedom toga, članovi tog tijela iz redova sudaca danskih sudova imaju u svim okolnostima većinu glasova, a time i prevladavajuću snagu u donošenju odluka navedenog tijela.
- 30 Članovi tijela koje je uputilo zahtjev koji imaju status sudaca u pravosudnom sustavu po toj osnovi uživaju posebnu zaštitu od opoziva, koja je predviđena člankom 64. danskog Ustava, a koja također obuhvaća obavljanje funkcija člana predsjedništva tijela koje je uputilo zahtjev.
- 31 S obzirom na prevladavajuću narav glasova članova tijela koje je uputilo zahtjev koji u svojstvu sudaca uživaju tu posebnu zaštitu, okolnost da njegovi članovi iz redova stručnjaka ne uživaju istu zaštitu ni u kojem slučaju ne može dovesti u pitanje neovisnost navedenog tijela.

- 32 Uzimajući u obzir prethodna razmatranja, valja potvrditi da Klagenævnet for Udbud (Žalbena komisija za javnu nabavu) ispunjava i kriterij neovisnosti te bi stoga trebao biti kvalificiran kao „sud” u smislu članka 267. UFEU-a.
- 33 Slijedom toga, Sud je nadležan dati odgovor na postavljeno pitanje.

O prethodnom pitanju

- 34 Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjem u biti pita treba li načelo jednakog tretmana gospodarskih subjekata iz članka 10. u vezi s člankom 51. Direktive 2004/17 tumačiti na način da mu se protivi to da naručitelj odobri gospodarskom subjektu koji je činio dio zajednice od dvaju poduzetnika koja je prethodno odabrana i koja je dostavila prvu ponudu u pregovaračkom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavi nastavak sudjelovanja u vlastito ime u tom postupku nakon prestanka postojanja navedene zajednice.
- 35 Da bi se dao odgovor na to pitanje, valja navesti da Direktiva 2004/17 ne predviđa pravila koja se posebno odnose na izmjene do kojih je došlo u odnosu na sastav zajednice gospodarskih subjekata koja je prethodno odabrana kao ponuditelj u postupku javne nabave, tako da pravno uređenje takve situacije ulazi u nadležnost država članica (vidjeti u tom smislu presudu od 23. siječnja 2003., Makedoniko Metro u Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:47, t. 61.).
- 36 Ni danski propisi ni poziv na nadmetanje o kojem je riječ u glavnom postupku ne sadržavaju posebna pravila u tom pogledu. Stoga mogućnost naručitelja da odobri takvu izmjenu valja ispitati s obzirom na opća načela prava Unije, posebice načelo jednakog tretmana i obvezu transparentnosti koja iz njega proizlazi, kao i na ciljeve tog prava u području javne nabave.
- 37 U tom smislu, treba podsjetiti da načelo jednakog tretmana 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 (vidjeti u tom smislu presudu od 16. prosinca 2008., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, t. 45. i navedenu sudsku praksu).
- 38 Načelo jednakog tretmana ponuditelja, 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 (presude od 29. travnja 2004., Komisija/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, t. 110. i od 12. ožujka 2015., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, t. 33.).
- 39 Stroga primjena načela jednakog tretmana ponuditelja, kao što je to navedeno u članku 10. u vezi s člankom 51. Direktive 2004/17, dovodi do zaključka da samo oni gospodarski subjekti koji su prethodno odabrani kao takvi mogu podnijeti ponude i postati uspješni ponuditelji.
- 40 Taj pristup temelji se na članku 51. stavku 3. Direktive 2004/17, prema kojem naručitelji „provjeravaju udovoljavaju li ponude koje su dostavili odabrani ponuditelji”, što pretpostavlja, kao što je to naveo nezavisni odvjetnik u točki 63. svojeg mišljenja, pravnu i materijalnu istovjetnost između prethodno odabranih gospodarskih subjekata i onih koji podnose ponude.
- 41 Međutim, zahtjev pravne i materijalne istovjetnosti naveden u prethodnoj točki ove presude može se ublažiti kako bi se osiguralo odgovarajuće natjecanje u pregovaračkom postupku, kao što je to propisano člankom 54. stavkom 3. Direktive 2004/17.

- 42 U glavnom postupku, kao što to proizlazi iz točke 10. ove presude, naručitelj je smatrao da trebaju postojati najmanje četiri natjecatelja kako bi se osiguralo takvo natjecanje.
- 43 Još je potrebno, međutim, da nastavak sudjelovanja gospodarskog subjekta u pregovaračkom postupku u vlastito ime, nakon prestanka postojanja zajednice kojoj je pripadao i koju je naručitelj prethodno odabrao, nastupa u uvjetima u kojima se ne krši načelo jednakog tretmana svih ponuditelja.
- 44 S tim u svezi, naručitelj ne krši to načelo kada jednom od dvaju gospodarskih subjekata koji su bili dio zajednice poduzetnika koju je, kao takvu, taj naručitelj pozvao na dostavu ponuda odobri da zamijeni tu zajednicu nakon prestanka njezina postojanja i da u vlastito ime sudjeluje u pregovaračkom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavi, pod uvjetom da se utvrdi, s jedne strane, da taj gospodarski subjekt sâm ispunjava uvjete koje je utvrdio navedeni naručitelj i, s druge strane, da nastavak njegova sudjelovanja u navedenom postupku ne dovodi do pogoršanja konkurentskog položaja drugih ponuditelja.
- 45 U glavnom postupku valja najprije navesti da iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da bi društvo Per Aarsleff bilo prethodno odabrano da je sâm podnijelo zahtjev za sudjelovanje (vidjeti točku 18. ove presude).
- 46 Imajući to na umu te s obzirom na elemente iz spisa prema kojima je, s jedne strane, ugovor o osnivanju zajednice Aarsleff i Pihl sklopljen isti dan kada je donesena presuda kojom se proglašava stečaj društva E. Pihl og Søn i, s druge strane, prva ponuda te zajednice podnesena sljedećeg dana bez potpisa stečajnog upravitelja društva E. Pihl og Søn, na nacionalnom je sudu, nadalje, da provjeri da podnošenje te prve ponude nije sadržavalo nepravilnost koja bi predstavljala prepreku tomu da društvo Per Aarsleff nastavi u vlastito ime sudjelovati u pregovaračkom postupku o kojem je riječ.
- 47 Naposljetku, glede okolnosti da je nakon prestanka postojanja zajednice Aarsleff i Pihl društvo Per Aarsleff preuzelo 50 zaposlenika društva E. Pihl og Søn, uključujući i ključne osobe za realizaciju građevinskog projekta o kojem je riječ, na nacionalnom je sudu da provjeri je li društvo Per Aarsleff time ostvarilo konkurentsku prednost na štetu drugih ponuditelja.
- 48 S obzirom na prethodna razmatranja, na postavljeno pitanje valja odgovoriti da načelo jednakog tretmana gospodarskih subjekata iz članka 10. u vezi s člankom 51. Direktive 2004/17 treba tumačiti na način da naručitelj ne krši to načelo kada jednom od dvaju gospodarskih subjekata koji su bili dio zajednice poduzetnika koju je, kao takvu, taj naručitelj pozvao na dostavu ponuda odobri da zamijeni tu zajednicu nakon prestanka njezina postojanja i da u vlastito ime sudjeluje u pregovaračkom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavi, pod uvjetom da se utvrdi, s jedne strane, da taj gospodarski subjekt sâm ispunjava uvjete koje je utvrdio navedeni naručitelj i, s druge strane, da nastavak njegova sudjelovanja u navedenom postupku ne dovodi do pogoršanja konkurentskog položaja drugih ponuditelja.

Troškovi

- 49 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 navedenoga, Sud (veliko vijeće) odlučuje:

Načelo jednakog tretmana gospodarskih subjekata iz članka 10. u vezi s člankom 51. 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 treba tumačiti na način da naručitelj ne krši to načelo kada jednom

od dvaju gospodarskih subjekata koji su bili dio zajednice poduzetnika koju je, kao takvu, taj naručitelj pozvao na dostavu ponuda odobri da zamijeni tu zajednicu nakon prestanka njezina postojanja i da u vlastito ime sudjeluje u pregovaračkom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavi, pod uvjetom da se utvrdi, s jedne strane, da taj gospodarski subjekt sâm ispunjava uvjete koje je utvrdio navedeni naručitelj i, s druge strane, da nastavak njegova sudjelovanja u navedenom postupku ne dovodi do pogoršanja konkurentskog položaja drugih ponuditelja.

Potpisi