

Predmet C-927/19**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku u skladu s člankom 98. stavkom 1. Poslovnika Suda Europske unije****Datum podnošenja zahtjeva:**

18. prosinca 2019.

Sud koji je uputio zahtjev:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litva)

Datum odluke o upućivanju zahtjeva:

17. prosinca 2019.

Tužitelj i protivna stranka u kasacijskom postupku:

„Ecoservice Klaipėda” UAB

Tuženik i žalitelj u kasacijskom postupku:„Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB**Predmet glavnog postupka**

Glavni postupak odnosi se na tumačenje i primjenu materijalnih pravila o: zaštiti povjerljivih informacija koje dobavljači dostave javnim naručiteljima tijekom postupaka javne nabave i kontrole; određivanju uvjeta natječaja; i klasifikaciji informacija koje dobavljači dostave kao lažnih.

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Tumačenje odredbi Direktive Vijeća 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, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. (u daljnjem tekstu: Direktiva 89/665), Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/24) i Direktive (EU) 2016/943 Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja (u daljnjem tekstu: Direktiva 2016/943) koje se odnose na uvjete natječaja i razne aspekte zaštite povjerljivih informacija u javnoj nabavi,

kao i presuda Suda od 4. svibnja 2017., Esaprojekt (C-387/14), i od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18); članka 267. prvog stavka točke (b) i trećeg stavka UFEU-a.

Prethodna pitanja

1. Je li uvjet natječaja prema kojem dobavljači moraju dokazati određenu visinu prosječnog godišnjeg prihoda od obavljanja djelatnosti povezanih samo s određenim uslugama (gospodarenje mješovitim komunalnim otpadom) obuhvaćen područjem primjene članka 58. stavaka 3. i 4. Direktive 2014/24?
2. Ovisi li metoda procjene dobavljačeve sposobnosti, koju je Sud utvrdio u presudi od 4. svibnja 2017., Esaprojekt (C-387/14), o odgovoru na prvo pitanje?
3. Je li uvjet natječaja prema kojem dobavljači moraju dokazati da vozila potrebna za pružanje usluga [gospodarenja otpadom] zadovoljavaju posebne tehničke zahtjeve, uključujući one koji se odnose na emisije ispušnih plinova (EURO 5), postojanje odašiljača GPS, odgovarajući kapacitet i tako dalje, obuhvaćen područjem primjene (a) članka 58. stavka 4., (b) članka 42. u vezi s odredbama Priloga VII., (c) članka 70. Direktive 2014/24?
4. Treba li članak 1. stavak 1. treći podstavak Direktive 89/665, u kojem je utvrđeno načelo djelotvornosti postupaka kontrole, članak 1. stavke 3. i 5. te direktive, članak 21. Direktive 2014/24 i Direktivu 2016/943, osobito njezinu uvodnu izjavu 18. i članak 9. stavak 2. treći podstavak (zajedno ili zasebno, ali ne isključivo te odredbe), tumačiti na način da, ako je u nacionalnim pravnim pravilima o javnoj nabavi predviđen obvezujući pretdsudski postupak mirenja:
 - (a) javni naručitelj mora dobavljaču koji je pokrenuo postupak kontrole omogućiti pristup svim pojedinostima ponude drugog dobavljača (neovisno o njihovoj povjerljivoj naravi) ako je predmet tog postupka, konkretno, zakonitost procjene ponude drugog dobavljača te je dobavljač koji je pokrenuo postupak prethodno zatražio te pojedinosti od javnog naručitelja;
 - (b) neovisno o odgovoru na prethodno pitanje, javni naručitelj, kada odbija prigovor koji je dobavljač podnio u pogledu zakonitosti procjene ponude njegovog konkurenta, mora u svakom slučaju pružiti jasan, sveobuhvatan i konkretan odgovor, neovisno o opasnosti od otkrivanja povjerljivih informacija iz ponude koje su mu povjerene?
5. Treba li članak 1. stavak 1. treći podstavak, članak 1. stavke 3. i 5. i članak 2. stavak 1. točku (b) Direktive 89/665, članak 21. Direktive 2014/24 i Direktivu 2016/943, osobito njezinu uvodnu izjavu 18. (zajedno ili zasebno,

- ali ne isključivo te odredbe), tumačiti na način da je odluku javnog naručitelja da dobavljaču ne omogući pristup povjerljivim pojedinostima ponude drugog sudionika moguće zasebno pobijati pred sudovima?
6. Ako je odgovor na prethodno pitanje potvrđan, treba li članak 1. stavak 5. Direktive 89/665 tumačiti na način da dobavljač mora javnom naručitelju podnijeti prigovor na takvu njegovu odluku te, po potrebi, sudu podnijeti tužbu?
 7. Ako je odgovor na prethodno pitanje potvrđan, treba li članak 1. stavak 1. treći podstavak i članak 2. stavak 1. točku (b) Direktive 89/665 tumačiti na način da dobavljač, ovisno o količini dostupnih informacija o sadržaju ponude drugog dobavljača, može sudovima podnijeti tužbu isključivo u pogledu odbijanja da mu se pruže informacije, bez da zasebno dovodi u pitanje zakonitost drugih odluka javnog naručitelja?
 8. Neovisno o odgovorima na prethodna pitanja, treba li članak 9. stavak 2. treći podstavak Direktive 2016/943 tumačiti na način da sud, nakon što je primio tužiteljev zahtjev da drugoj stranci spora naloži predočenje dokaza te da mu te dokaze stavi na raspolaganje, mora odobriti takav zahtjev, neovisno o radnjama koje je javni naručitelj izvršio tijekom postupaka nabave ili kontrole?
 9. Treba li članak 9. stavak 2. treći podstavak Direktive 2016/943 tumačiti na način da sud, nakon što odbije tužiteljev zahtjev za otkrivanje povjerljivih informacija druge stranke spora, treba po službenoj dužnosti ocijeniti značaj podataka čije se otkrivanje traži i učinke tih podataka na zakonitost postupka javne nabave?
 10. Uzimajući u obzir presudu Suda od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, može li se osnova za isključenje dobavljača predviđena u članku 57. stavku 4. točki (h) Direktive 2014/24 primijeniti na takav način da sud, kada rješava spor između dobavljača i javnog naručitelja, može po službenoj dužnosti odlučiti, neovisno o ocjeni koju je proveo javni naručitelj, da je odnosni ponuditelj, namjerno ili nepažnjom, javnom naručitelju dostavio zavaravajuće, činjenično netočne informacije te da ga se stoga trebalo isključiti iz postupaka javne nabave?
 11. Treba li članak 57. stavak 4. točku (h) Direktive 2014/24, u vezi s načelom proporcionalnosti utvrđenim u članku 18. stavku 1. te direktive, tumačiti i primjenjivati na način da se, ako nacionalno pravo u pogledu dostave lažnih informacija predviđa dodatne kazne (pored isključenja iz postupaka nabave), te kazne mogu primijeniti samo na temelju osobne odgovornosti, osobito ako su činjenično netočne informacije dostavili samo neki subjekti u zajednici ponuditelja koja je sudjelovala u postupku javne nabave (primjerice, jedan od nekoliko partnera)?

Istaknute odredbe prava Unije

Članak 1. stavak 1. treći podstavak, članak 1. stavci 3. i 5. i članak 2. stavak 1. točka (b) Direktive 89/665

Članak 18. stavak 1., članak 21., članak 42. u vezi s Prilogom VII., članak 57. stavak 4. točka (h), članak 58. stavci 3. i 4. i članak 70. Direktive 2014/24

Uvodna izjava 18. i članak 9. stavak 2. treći podstavak Direktive 2016/943

Istaknute odredbe nacionalnog prava

Članak 1.116. (Poslovna i profesionalna tajna) Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Građanski zakonik Republike Litve; u daljnjem tekstu: Građanski zakonik)

Stavci 1. do 4. članka 10. (Javni pristup spisima) i stavci 1. do 5. članka 10.¹ (Posebna obilježja zaštite poslovnih tajni) Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas (Zakonik Republike Litve o građanskom postupku; u daljnjem tekstu: Zakonik o građanskom postupku)

Stavak 34. članka 2. (Glavni pojmovi koji se koriste u ovom zakonu), stavak 1. članka 17. (Ključna načela nabave), stavci 1. do 5. članka 20. (Povjerljivost), stavci 1., 3. i 4. članka 37. (Tehničke specifikacije), stavci 1. i 3. članka 45. (Opća načela procjenjivanja dobavljača te zahtjeva za sudjelovanje i ponude koje je dobavljač podnio), stavak 4. točke 4. i 5., stavci 5., 7. i 8. članka 46. (Osnove za isključenje dobavljača), stavak 1. točke 1. do 3. i stavak 6. članka 47. (Provjera dobavljačevih kvalifikacija), stavak 1. točke 1. i 2., stavci 2. i 3. članka 52. (Uskrata informacija ili dostava lažnih informacija ili nepodnošenje dokumenata), stavak 9. članka 55. (Procjena i usporedba ponuda), i stavci 3. i 5. članka 58. (Obavještanje o rezultatima postupka nabave) Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Zakon Republike Litve o javnoj nabavi; u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi)

Kratak prikaz činjeničnog stanja i glavnog postupka

- 1 Dana 27. rujna 2018., tuženik (u daljnjem tekstu također: javni naručitelj) objavio je otvaranje međunarodnog otvorenog postupka nabave usluga prikupljanja komunalnog otpada općine Neringa i njegova prijevoza u objekte regionalnog centra za zbrinjavanje otpada Klaipėda (u daljnjem tekstu: natječaj).
- 2 Ponude su dostavila tri dobavljača: tužitelj „Ecoservice Klaipėda” UAB (u daljnjem tekstu također: tužitelj, ponuditelj A); „Ekonovus” UAB; i skupina gospodarskih subjekata „Klaipėdos autobusų parkas” UAB, „Parsekas” UAB i „Klaipėdos transportas” UAB, koji su djelovali kao zajednica ponuditelja (u daljnjem tekstu također: ponuditelj B).

- 3 Dana 29. studenoga 2018., javni naručitelj obavijestio je sudionike o procjeni njihovih ponuda i konačnim rezultatima natječaja: ponuditelj B bio je uspješan ponuditelj, a tužitelj je rangiran kao drugi.
- 4 Dana 10. prosinca 2018., tužitelj je javnom naručitelju uložio prigovor osporavajući rezultate natječaja navodom da kvalifikacije ponuditelja B nisu zadovoljavale zahtjeve. Prema informacijama dostupnima tužitelju, društvo „Parsekas” UAB nije moglo izvršiti ugovore o prikupljanju i prijevozu mješovitog komunalnog otpada u ukupnoj vrijednosti od 200 000 eura (ne uključujući PDV) tijekom posljednje tri godine (kako se zahtijevalo u dijelu uvjeta natječaja naslovljenom „Financijska i ekonomska sposobnost”) jer to društvo često sudjeluje, u okviru drugih postupaka nabave, kao vodeći partner u zajednicama ponuditelja koji prima novac od pružanja usluga, ali zapravo ne obavlja djelatnosti gospodarenja mješovitim komunalnim otpadom. Osim toga, tužitelj je tvrdio da ponuditelj B nije zadovoljavao ni zahtjeve u pogledu tehničke sposobnosti jer vozilo koje se spominje u dokumentima koje je društvo „Parsekas” UAB podnijelo ne zadovoljava razne obvezne tehničke parametre navedene u uvjetima natječaja (tehničke specifikacije).
- 5 Dana 17. prosinca 2018., nakon što je razmotrio tužiteljev prigovor, javni naručitelj ga je odbio iz razloga što je ponuditelj B, potvrđujući ispunjenost zahtjeva u pogledu izvršenih ugovora, pružio, u skladu s uvjetima natječaja, dokaze o sklopljenim ugovorima o gospodarenju mješovitim komunalnim otpadom, čija je vrijednost odgovarala potrebnom iznosu, kao i tehničke informacije o prijavljenom vozilu.
- 6 Dana 27. prosinca 2018., tužitelj je pokrenuo postupak pred Klaipėdos apygardos teismas (Okružni sud, Klaipėda, Litva).
- 7 Taj prvostupanjski sud je presudom od 15. ožujka 2019., kojom je odbio tužiteljevu tužbu, utvrdio da je ponuditelj B zadovoljavao zahtjeve u pogledu kvalifikacija koje su dobavljači morali ispunjavati.
- 8 Lietuvos apeliacinis teismas (Žalbeni sud, Litva) je presudom od 30. svibnja 2019. u žalbenom postupku koji je tužitelj pokrenuo ukinuo presudu prvostupanjskog suda, prihvatio tužiteljevu tužbu, poništio tuženikovu odluku kojom je utvrđena rang-lista ponuditelja te je naložio javnom naručitelju da ponovi procjenu ponuda. Taj je sud utvrdio da je ponuditelj B zadovoljavao zahtjeve u pogledu izvršenih ugovora, ali da nije dokazao svoju tehničku sposobnost, jer u ponudi prvotno nisu bila navedena sva kasnije prijavljena vozila.
- 9 Tuženik je podnio kasacijsku žalbu, a tužitelj je na nju odgovorio.
- 10 Nadalje, tužitelj i tuženik se u glavnom postupku ne slažu oko toga koje se pojedinosti iz uspješne ponude mogu javno objaviti, a koje čine povjerljive informacije kojima se tužitelju ne može odobriti pristup.

- 11 Dana 4. prosinca 2018., tužitelj je javnom naručitelju podnio zahtjev za pristup ponudi ponuditelja B, a 6. prosinca 2018. izvršio je uvid u pojedinosti te ponude koje nisu bile povjerljive.
- 12 Tužitelj je tijekom postupka pred prvostupanjskim sudom zatražio od suda da tuženiku naloži dostavu dodatnih dokumenata te da omogući pristup svim informacijama u ponudi ponuditelja B (uz izuzetak samo poslovno osjetljivih informacija), kao i da naloži društvu „Parsekas” UAB da pruži podatke o ugovorima o gospodarenju otpadom koje je sklopilo, a koji su klasificirani kao povjerljivi.
- 13 Nakon što je sudu dostavio dodatne dokumente, tuženik je zatražio od suda da tužitelju ne omogući pristup povjerljivim pojedinostima u ponudi ponuditelja B te da ih u spisu klasificira kao materijal koji nije za objavu javnosti.
- 14 Prvostupanjski sud je rješenjem od 30. siječnja 2019. prihvatio taj tuženikov zahtjev te je, 14. veljače 2019., odbio gore navedene tužiteljeve zahtjeve.
- 15 Dana 26. srpnja 2019., tužitelj je, prije podnošenja odgovora na kasacijsku žalbu, zatražio od kasacijskog suda, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Vrhovni sud, Litva), da omogući pristup povjerljivim dokumentima koje je tuženik dostavio prvostupanjskom sudu, a da se istinski osjetljive poslovne informacije pritom iz njih izostave.

Kratak prikaz razloga za podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku

- 16 Spor između stranaka u predmetnom slučaju odnosi se na to jesu li kvalifikacije skupine gospodarskih subjekata koja je proglašena uspješnim ponuditeljem sukladne zahtjevima koje je odredio javni naručitelj.
- 17 Kasacijski sud bi načelno trebao odlučiti samo o pitanjima koja je tuženik istaknuo u svojoj kasacijskoj žalbi, to jest o primjerenosti tehničke sposobnosti ponuditelja B. Međutim, kasacijski sud u predmetnom slučaju razmišlja o tome da po službenoj dužnosti izađe izvan okvira žalbe te da odluči o drugim aspektima spora između stranaka, pozivajući se ne samo na zaštitu javnog interesa, nego ujedno uzimajući u obzir specifičnu situaciju koja je nastala u predmetnom slučaju, u smislu da su tužitelju, u predsudskoj i sudskoj fazi, u biti uskraćene sve informacije kojima je zatražio pristup.
- 18 Neovisno o činjenici da je nacionalni sud po službenoj dužnosti istaknuo potrebu za tumačenjem prava Unije, izašavši tako izvan okvira spora između stranaka, Sud je nadležan sudu pružiti traženo tumačenje (vidjeti, primjerice, presude od 5. travnja 2017., Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, i od 25. listopada 2018., Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 Vijeće u ovom postupku Sudu upućuje pitanja u pogledu (a) zakonitosti određenih uvjeta natječaja; (b) raznih aspekata zaštite povjerljivih informacija u postupcima

javne nabave, te (c) ocjene možebitno lažnih navoda uspješnog ponuditelja i posljedica takvih radnji.

Zakornitost radnji koje je javni naručitelj izvršio pri ocjenjivanju je li ponuditelj B zadovoljavao zahtjeve u pogledu kvalifikacija

- 20 U skladu sa sudskom praksom kasacijskog suda, pri rješavanju sporova između javnih naručitelja i dobavljača u bitnome je važan sadržaj uvjeta, a ne način na koji ga je javni naručitelj označio. Pravilna klasifikacija uvjeta iz dokumentacije za nadmetanje rezultirat će pravilnom primjenom odredbi Zakona o javnoj nabavi, koje obuhvaćaju razne postupke nabave, te stoga i odgovarajućim rješenjem spora.

(a) sadržaj i primjena zahtjeva u pogledu financijske i ekonomske sposobnosti

- 21 Uvjet u pogledu financijske i ekonomske sposobnosti povezan s prosječnim godišnjim prihodom koji su dobavljači ostvarili obavljajući djelatnosti gospodarenja mješovitim komunalnim otpadom, kako je predviđeno u uvjetima natječaja, u bitnome odgovara članku 58. stavku 3. Direktive 2014/24, koji predviđa mogućnost da se zahtijeva da gospodarski subjekti imaju određeni minimalni promet, uključujući određeni minimalni promet u području koje je obuhvaćeno ugovorom. Međutim, vijeće smatra da bi on mogao odgovarati i zahtjevima u pogledu stručne sposobnosti predviđenima u članku 58. stavku 4. te direktive.
- 22 Treba istaknuti da iz teksta članka 58. stavka 3. Direktive 2014/24 (to jest iz riječi „uključujući”) proizlazi da uvjet u pogledu godišnjeg prometa u području koje je obuhvaćeno ugovorom nije primjenjiv sasvim kao alternativa u smislu da, kada je predviđen zahtjev u pogledu prometa, kao prvo, treba uzeti u obzir ukupan promet i, kao drugo, javni naručitelj po vlastitom nahodanju uzima u obzir promet u određenom području. Drugim riječima, takvo tumačenje teksta članka 58. stavka 3. Direktive 2014/24 vodi do zaključka da se promet u određenom području ne može zasebno uzeti u obzir, bez istovremenog uzimanja u obzir cjelokupnog prometa.
- 23 Osim toga, opseg izraza „područje koje je obuhvaćeno ugovorom” nije sasvim jasan. U biti, sukladno odnosnom uvjetu natječaja, dobavljači su svoju sposobnost morali dokazati konkretno u pogledu usluga prikupljanja i prijevoza mješovitog komunalnog otpada, u odnosu na koje je natječaj i objavljen, a ne u pogledu područja gospodarenja otpadom općenito. Vijeće naginje širem (apstraktnijem) tumačenju tog izraza: u sporu koji se pred njim vodi, taj bi izraz značio da je tuženik, određujući konkretno zahtjev u pogledu financijske sposobnosti, u skladu s člankom 58. stavkom 3. Direktive 2014/24 morao uzeti u obzir, kao prvo, cjelokupni godišnji promet i, kao drugo, istovremeno i dio tog prometa ostvaren u području neodređenih usluga gospodarenja otpadom.
- 24 Gore navedena pitanja o pravilnoj klasifikaciji uvjeta natječaja, koja kasacijski sud ističe po službenoj dužnosti, ne odnose se samo na moguću zakonitost predmetnog uvjeta natječaja, nego i na njegovu pravilnu primjenu. Treba istaknuti

da je tužitelj tijekom postupka dosljedno tvrdio da se društvo „Parsekas” UAB, član ponuditelja B, nije smjelo pred javnim naručiteljem pozvati na ugovore koje, kao prvo, djelomično nije izvršilo samostalno, nego zajedno s ostalim partnerima, uključujući samog tužitelja, te kojima, kao drugo, predmet nije bio ograničen na gospodarenje mješovitim komunalnim otpadom.

- 25 Protivno utvrđenjima sudova, vijeće smatra da puka činjenica da se, u skladu s uvjetima natječaja, financijska i ekonomska sposobnost dobavljača morala dokazati izjavama slobodnog oblika ne znači da ostali dobavljači te izjave ili navedene podatke ne mogu dovoditi u pitanje.
- 26 Treba podsjetiti da su tuženik, ponuditelj B i sudovi sporni zahtjev u pogledu kvalifikacija dobavljača protumačili na način da uvjeti natječaja nisu nalagali da gospodarski subjekt, da bi zadovoljio zahtjev u pogledu kvalifikacija, prihod ostvaruje isključivo u svoje ime i/ili za svoj račun (to jest ne kao vodeći partner) te samo od gospodarenja mješovitim komunalnim otpadom u slučaju izvršavanja složenih ugovora (raznoliki otpad). Kasacijski sud ima određene dvojbe oko metode koja je u sudskoj praksi Suda utvrđena u pogledu dokazivanja kvalifikacije u pitanju.
- 27 Sud je u presudi od 4. svibnja 2017., Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338) među ostalim naveo da, kada se gospodarski subjekt oslanja na iskustvo skupine poduzetnika u kojoj je sudjelovao, to se iskustvo mora ocijeniti u odnosu na konkretno sudjelovanje tog subjekta i stoga njegov stvaran doprinos u izvršavanju tražene aktivnosti navedene skupine u okviru određenog ugovora o javnoj nabavi; iz toga slijedi da se gospodarski subjekt ne može, kako bi ispunio uvjet iskustva koje zahtijeva javni naručitelj, pozvati na isporuke koje su izvršili drugi članovi skupine poduzetnika, a u čijoj provedbi nije stvarno i konkretno sudjelovao.
- 28 Treba istaknuti da su se pitanje i odgovor na njega u toj presudi odnosili na članak 48. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18, koji predviđa metodu za ocjenjivanje ispunjenosti zahtjeva u pogledu stručne sposobnosti.
- 29 Ako bi se gore navedeni uvjet natječaja nastavio klasificirati kao zahtjev u pogledu financijske i ekonomske sposobnosti za koji bi gore izložena tumačenja koja je Sud pružio u vezi s ocjenjivanjem ispunjenosti uvjeta stručne sposobnosti bila relevantna, pojavilo bi se pitanje u pogledu razlikovanja i pravilne primjene tih zahtjeva u pogledu kvalifikacija.

(b) sadržaj i primjena zahtjeva u pogledu tehničke i stručne sposobnosti

- 30 Kasacijski sud dvoji i oko klasifikacije zahtjeva u pogledu tehničke sposobnosti dobavljača predviđenog u uvjetima natječaja, čiju su ispunjenost dobavljači morali dokazati izlaganjem vozila (vozila za prikupljanje otpada) s odgovarajućim tehničkim značajkama.
- 31 U skladu sa sudskom praksom kasacijskog suda, ponuditelji imaju puno veću slobodu prilagoditi podatke o kvalifikacijama dobavljača nego informacije o

predmetu ugovora, njegovim tehničkim obilježjima, ponuđenoj cijeni, ugovornim obvezama i tako dalje. Razlog takvog razdvajanja pravâ dobavljača na prilagodbu podataka jest činjenica da, prema mišljenju kasacijskog suda, kvalifikacije dobavljača čine objektivnu kategoriju koja se tiče prošlih i sadašnjih okolnosti, a kvalifikacije ili postoje ili ne postoje. U skladu s trenutno važećim nacionalnim pravilima o javnoj nabavi, pravo dobavljača da prilagode podatke o kvalifikacijama i pojedinosti ponude varira u opsegu.

- 32 Slično stajalište proizlazi i iz sudske prakse Suda. Prema mišljenju kasacijskog suda, stroga pravila – koja treba usko tumačiti – o prilagodbi pojedinosti ponude koja je Sud utvrdio u presudi od 29. ožujka 2012., SAG ELV Slovensko i dr. (C-599/10, EU:C:2012:191) podliježu određenoj iznimci u pogledu ocjenjivanja podataka o kvalifikacijama. Sud je u točki 39. presude od 10. listopada 2013., Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) naveo da javni naručitelj može zahtijevati da se podaci koji se nalaze u prijavi za sudjelovanje u natječaju ograničeno i ciljano isprave ili nadopune, dok se god takav zahtjev odnosi na dokumente ili informacije, poput objavljenog zaključnog računa, čije je postojanje prije isteka roka utvrđenog za podnošenje prijave objektivno provjerljivo.
- 33 Kasacijski sud dvoji i oko zakonitosti zahtjeva u pogledu tehničke sposobnosti dobavljača. Iako je Sud u presudi od 10. svibnja 2012., Komisija/Nizozemska (C-368/10, EU:C:2012:284) naveo da je određene zahtjeve moguće predvidjeti i kao tehničku specifikaciju i kao kriterij za dodjelu ugovora ili kao uvjet za izvršenje ugovora, kasacijskom sudu nije sasvim jasno je li to slučaj i u ovom predmetu.
- 34 Treba podsjetiti da je Sud dugo smatrao da je procjena kvalifikacija dobavljača i njihovih ponuda podlijeerala različitim zahtjevima (vidjeti presudu od 24. siječnja 2008., Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). U skladu s tom sudskom praksom, kvalifikacije dobavljača nije se moglo smatrati kriterijem za dodjelu ugovora.
- 35 Međutim, Sud je kasnije, tumačeći relevantne odredbe Direktive 2004/18, donekle ublažio to stajalište navevši da je vještine i iskustvo članova tima zaduženog za izvršenje ugovora o javnoj nabavi moguće uključiti u poziv na nadmetanje ili dokumentaciju za nadmetanje kao kriterije za dodjelu ugovora, jer kvaliteta izvršenja ugovora može u značajnoj mjeri ovisiti o „profesionalnoj vrijednosti” ljudi zaduženih za njegovo izvršenje, koju čine njihovo profesionalno iskustvo i obrazovanje (presuda od 26. ožujka 2015., Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).
- 36 Odluka u tom predmetu, kako je Sud kasnije objasnio, temeljila se na tome da je javni naručitelj u tom slučaju izvršio stvarnu usporedbu valjanih ponuda kako bi identificirao onu koja je ekonomski najpovoljnija; iskustvo predloženog tehničkog tima bilo je obilježje usko povezano s ponudom i nije bilo puki kriterij ocjene sposobnosti ponuditelja (presuda od 1. ožujka 2018., Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). U konačnici, to pravilo pravnog tumačenja predviđeno je i u članku 67. stavku 2. točki (b) Direktive 2014/24. U svakom slučaju, osim iznimne odredbe u pitanju, normativni okvir još uvijek predviđa model razdvajanja kriterijâ u pogledu kvalifikacija i kriterijâ za dodjelu ugovora.

- 37 Treba zauzeti stajalište da, ako se kvalifikacije dobavljača ne mogu upotrijebiti za usporedbu ponuda, tehničke odredbe predmeta ugovora ne treba odrediti kao zahtjeve u pogledu sposobnosti dobavljača.
- 38 U skladu s uvjetima natječaja, javni naručitelj je od dobavljača zahtijevao da dokažu da vozila koja će koristiti za pružanje usluga zadovoljavaju konkretne tehničke parametre. Te odredbe su među ostalim povezane s relevantnim uvjetom utvrđenim u tehničkim specifikacijama. Treba zauzeti stajalište da takvi zahtjevi nadilaze ono o čemu treba voditi računa prilikom procjenjivanja tehničke sposobnosti dobavljača.
- 39 Članak 58. stavak 4. Direktive 2014/24 među ostalim propisuje da javni naručitelji mogu odrediti zahtjeve koji će osigurati da gospodarski subjekti posjeduju ljudske i tehničke resurse potrebne da bi ugovor adekvatno izvršili. U predmetnom slučaju, konkretni i precizni tehnički zahtjevi sugeriraju da javnom naručitelju nije bilo važno općenito odrediti sposobnost dobavljača da pravilno pružaju usluge gospodarenja otpadom, nego odrediti konkretan način izvršenja ugovora radi osiguravanja, među ostalim, zaštite okoliša (standard EURO 5), mogućnosti praćenja izvršavanja ugovornih obveza (oprema GPS) i tako dalje.
- 40 U tom području, sudska praksa kasacijskog suda varira ovisno o predmetu; ona ne sadržava jasna pravna pravila o tome kada zahtjev treba smatrati uvjetom u pogledu tehničke sposobnosti, a kada već čini odredbu tehničkih specifikacija. Prema mišljenju vijeća, načelno treba postojati korelacija između sveobuhvatnosti uvjeta natječaja i klasifikacije njegova sadržaja, to jest, što su kriteriji čiju ispunjenost treba dokazati konkretniji (formalniji), to se njihov sadržaj više udaljava od tehničke sposobnosti prema tehničkim specifikacijama ili uvjetima izvršavanja ugovora. To proizlazi i iz opsega članka 58. stavka 4. Direktive 2014/24 kao i iz Priloga VII. toj direktivi.

Ravnoteža između zaštite povjerljivih informacija jednog dobavljača i djelotvornosti obrane prava drugog dobavljača

- 41 Tužitelj je, i u pre-sudskoj i u sudskoj fazi, neuspješno pokušao ostvariti pristup ponudi ponuditelja B. To je uobičajena situacija, karakteristična za litavsku praksu u javnoj nabavi, koju kasacijski sud neprestano pokušava ograničiti svojom sudsom praksom.
- 42 Međutim, u kontekstu predmetnog spora treba istaknuti da je sam javni naručitelj veoma aktivno branio pravo ponuditelja B na zaštitu povjerljivih informacija.
- 43 Prema mišljenju vijeća, glavna negativna posljedica te prakse u Litvi je ta da obrana pravâ tužitelja djelomično nije osigurana jer oni, kao što je slučaj u ovom predmetu, imaju na raspolaganju manje informacija od ostalih stranaka spora. Osim toga, djelotvornost obrane pravâ tužitelja u bitnome ovisi o odluci suda da informacije koje su zatražili prizna kao povjerljive (spisi koji se mogu objaviti javnosti). Ako sud tužitelju ne omogući pristup traženim informacijama, mogućnosti prihvaćanja njegovih zahtjeva minimalne su jer sudovi obično, kao

što je bio slučaj i u ovom predmetu, po službenoj dužnosti ne pojašnjavaju usklađenost povjerljivih podataka sa zahtjevima postupka javne nabave ili pravnim pravilima niti ocjenjuju pouzdanost tih podataka i tako dalje.

- 44 U tom pogledu, kasacijski sud je među ostalim naveo da, kao prvo, pravo dobavljača iz članka 20. Zakona o javnoj nabavi da zaštiti informacije, zasebno navedene u njegovoj ponudi, koje se ne smiju otkrivati obuhvaća samo podatke koji čine poslovnu (industrijsku) tajnu u smislu članka 1.116. stavka 1. Građanskog zakonika; puka činjenica da određene informacije o dobavljaču i njegovim djelatnostima u drugim slučajevima nisu slobodno dostupne drugim gospodarskim subjektima ne znači da ih treba zaštititi u postupcima javne nabave ako ne čine poslovnu tajnu. Treba istaknuti da odredbe članka 1.116. Građanskog zakonika u bitnome odgovaraju odredbama Direktive 2016/943 koje se odnose na isto pitanje.
- 45 Kao drugo, pravo dobavljača na pristup ponudi drugog dobavljača u bitnome treba smatrati sastavnim dijelom zaštite povrijeđenih prava. U skladu s nacionalnim pravilima o javnoj nabavi, pravo dobavljača na pristup ponudi drugog dobavljača čini autonomno pojedinačno pravo koje se zasebno ostvaruje pred sudovima, pri čemu tužitelj ne mora formalno, bez svih potrebnih podataka, pokrenuti spor u pogledu rezultata natječaja uz istodobno podnošenje postupovnog zahtjeva sudu da javnom naručitelju naloži iznošenje dokaza i da mu (tužitelju) dokaze stavi na raspolaganje, te kasnije eventualno dopuniti ili pojasniti zahtjeve/navode u tužbi.
- 46 Unatoč tomu, kasacijski sud u tom području nije siguran kakav je točno sadržaj obveza javnih naručitelja da zaštite povjerljivost informacija koje su im dobavljači dostavili niti kakav je odnos između tih obveza i obveze javnih naručitelja da osiguraju djelotvornost obrane pravâ gospodarskih subjekata koji su pokrenuli postupak kontrole. Međutim, iako je Sud u presudi od 14. veljače 2008., Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) – što je gotovo jedina presuda koja se odnosi na tu problematiku – naglasio narav fiducijarnih odnosa (odnosa povjerenja) između dobavljača i javnog naručitelja, iz članka 9. stavka 2. trećeg podstavka Direktive 2016/943 (članak 10.¹ stavak 3. Zakonika o građanskom postupku), koji je kasnije usvojen, proizlazi da stranke postupka u svakom slučaju imaju na raspolaganju različite količine informacija, jer bi načela djelotvornog pravnog lijeka i poštenog suđenja inače bila povrijeđena.
- 47 Ako to pravno pravilo obvezuje sud da tužitelju zajamči pravo pristupa poslovnoj tajni stranke spora, nejasno je zašto to pravo ne treba pružiti tužitelju prije početka sudskog postupka, posebno zato što mu to može pomoći da odluči hoće li pokrenuti postupak kontrole.
- 48 Osim uvodne izjave 18., Direktiva 2016/943 u biti ne sadržava nikakve odredbe koje su konkretno posvećene postupcima javne nabave. S druge strane, upitno je treba li zaštita informacija koje čine poslovnu tajnu ponuditeljâ biti drukčije (više) razine u usporedbi s informacijama gospodarskih subjekata koji nastupaju u

drugim pravnim odnosima. Ni članak 21. Direktive 2014/24 kao ni relevantne odredbe Direktive 89/665 ne razjašnjavaju to pitanje.

- 49 Kasacijski sud je više puta istaknuo da javni naručitelji, iako nisu kontrolna tijela, zbog obvezujućeg sustava predsudskog mirenja imaju široke ovlasti suradnje s dobavljačima (dobavljačima koji podnose zahtjev za pristup informacijama i dobavljačima čijim se informacijama traži pristup), a u nekim slučajevima i obvezu – koja proizlazi iz cilja u pogledu djelotvorne zaštite pravâ dobavljača – poduzeti, u skladu sa svojim nadležnostima i mjerama koje su im na raspolaganju, mjere potrebne da se dobavljačima osigura stvarna mogućnost zaštite bilo kojih interesa koji su eventualno povrijeđeni. Ta sudska praksa odgovara članku 1. stavku 5. Direktive 89/665, koji predviđa da države članice mogu zahtijevati da odnosna osoba prvo od javnog naručitelja traži kontrolu.
- 50 Budući da je litavski zakonodavac uspostavio obvezan postupak za podnošenje i razmatranje prigovora te da sudovi pravo dobavljača na pristup ponudama drugih ponuditelja smatraju sastavnim dijelom obrane njihovih prava, nedosljedno bi bilo tumačenje gore navedenih odredbi prava Unije prema kojem dobavljači pravo na pristup takvim informacijama imaju samo tijekom sudske postupka.
- 51 S druge strane, kasacijski sud nije siguran na koji način, u sudske postupku, strankama postupka treba otkriti informacije u smislu članka 9. stavka 2. trećeg podstavka Direktive 2016/943: je li pravo tužitelja na pristup uspješnoj ponudi bezuvjetan; treba li tužitelj, s obzirom na predsudsku fazu, prvo od javnog naručitelja tražiti takav pristup; je li narav spora proizašlog iz rezultata natječaja relevantna za odobravanje tog pristupa; je li neslaganje između stranaka u pogledu rezultata natječaja uopće potrebno ili je dovoljno da se samo jedan dobavljač pozove na pravo na pristup informacijama te bi li se on, u slučaju povrede tog prava, mogao zasebno obratiti sudu, kako je navedeno u sudskej praksi kasacijskog suda.
- 52 Treba istaknuti da se tužitelj u predmetnom slučaju prvo obratio javnom naručitelju tražeći pristup ponudi ponuditelja B. Budući da je dobio samo malen dio dokumenata, nije se pozvao na tu činjenicu te nije zasebno pobijao odluku javnog naručitelja, nego je sudu podnio postupovni zahtjev kojim ga je tražio da tuženiku naloži predočenje dokaza i da mu (tužitelju) te dokaze stavi na raspolaganje. Promatrajući tijek spora u predsudskoj fazi, nije sasvim jasno je li prvostupanjski sud uopće trebao odlučiti o klasifikaciji podataka ponuditelja B kao povjerljivih informacija. S druge strane, prvostupanjski sud i žalbeni sud, nakon što tužitelju nisu omogućili pristup traženim informacijama, očito ni sami nisu izrazili stajalište o njihovoj sadržaju i značaju.

Podnošenje možebitno lažnih informacija i ovlasti suda u tom pogledu

- 53 U predmetnom slučaju, vijeće među ostalim po službenoj dužnosti ističe pitanje ocjene, u skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (h) Direktive 2014/24, radnji ponuditelja B, to jest je li ponuditelj B (odnosno neki od njegovih članova)

javnom naručitelju zapravo dostavio lažne informacije o sukladnosti njegovih sposobnosti s predviđenim zahtjevima. Osim toga, postoje nejasnoće u pogledu učinka možebitno nezakonitog ponašanja pojedinih partnera na ostale sudionike zajednice ponuditelja.

- 54 Sud je u presudi Esaprojekt (C-387/14), koja se odnosila na tumačenje slične odredbe sadržane u članku 45. stavku 2. točki (g) Direktive 2004/18, istaknuo, *kao prvo*, da se utvrđenje namjernog postupanja gospodarskog subjekta ne može smatrati nužnim elementom za isključenje takvog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave, nego da je dovoljno da je on odgovoran za nepažnju određenog stupnja, odnosno nepažnju koja bi mogla imati odlučujući utjecaj na odluke o isključivanju, odabiru ili sklapanju ugovora o javnoj nabavi; *kao drugo*, da je gospodarskog subjekta koji je nepažljivo dostavio relevantne informacije, ako su one utjecale na ishod postupka javne nabave, moguće smatrati krivim za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica u smislu članka 45. stavka 2. točke (g) Direktive 2004/18, te da takvo njegovo postupanje stoga može opravdati odluku javnog naručitelja da ga isključi iz postupka javne nabave.
- 55 Sud je u svojoj najnovijoj presudi koja se toga tiče (presuda od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826) istaknuo da članak 57. stavak 4. točka (h) Direktive 2014/24 doista obuhvaća aktivno postupanje, poput lažnog prikazivanja činjenica, kao i izostavljanje informacija, s obzirom na to da podnošenje lažnih informacija kao i prikrivanje točnih informacija može utjecati na odluku koju donosi javni naručitelj.
- 56 S obzirom na ta objašnjenja, informacije koje je društvo „Parsekas” UAB dostavilo u pogledu prihoda ostvarenih od ugovora – koje je sklopilo i izvršilo zajedno s drugim gospodarskim subjektima koji su pružali upravo dio usluga gospodarenja mješovitim otpadom u pogledu kojeg je trebalo predočiti dokaze ili ih je sklopilo i izvršilo bez partnera, ali u tom je slučaju predmet ugovora bilo i gospodarenje nemješovitim otpadom (mješoviti otpad je u oba slučaja činio manji dio zbrinjavanog otpada) – načelno bi mogle, s obzirom na okolnosti koje je Sud razmatrao u predmetu Esaprojekt, odgovarati situaciji nepažljive dostave informacija koja je utjecala na ishod natječaja.
- 57 Nije na kasacijskom sudu da utvrđuje činjenice. Međutim, on jest nadležan po službenoj dužnosti istaknuti pravna pitanja, uključujući ona u pogledu klasifikacije informacija kao lažnih kao i ona u pogledu ocjene dokaza koju su sudovi proveli.
- 58 S druge strane, Sud je u svojoj sudskoj praksi, u pogledu odredbi članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24, u kojem su utvrđene osnove za isključenje iz postupka javne nabave, počeo naglašavati poseban odnos utemeljen na uzajamnom povjerenju između javnog naručitelja i dobavljača u pitanju (vidjeti presudu od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, t. 25. do 27. i 37.). Kasacijski sud stoga dvoji oko toga može li sud, kada javni naručitelj smatra drukčije, za njega odlučiti da su mu

dostavljene lažne, zavaravajuće informacije. U tom kontekstu treba istaknuti da je tužitelj i u prigovoru i u tužbi jasno izrazio stajalište da je društvo „Parsekas” UAB tuženiku dostavilo zavaravajuće informacije; međutim, tuženik je zauzeo drukčije stajalište te zaključio da dostavljene informacije dokazuju da ponuditelj B zadovoljava zahtjeve u pogledu kvalifikacija.

- 59 Što se tiče tih pitanja, vijeće među ostalim dvoji oko posljedica koje radnje gospodarskih subjekata koji su dostavili možebitno lažne informacije mogu imati na njihove partnere u zajednici ponuditelja. Prema nacionalnim pravilima o javnoj nabavi (članak 46. stavak 4. točka 4. i članak 52. Zakona o javnoj nabavi), gospodarske subjekte koji su dostavili lažne informacije mora se unijeti u popis dobavljača koji su dostavili lažne informacije, što će ih tijekom određenog razdoblja (jedna godina) ograničiti u sudjelovanju u pozivima na nadmetanje drugih javnih naručitelja. Dvojbe kasacijskog suda u pogledu pouzdanosti dostavljenih informacija ne tiču se svih članova (partnera) ponuditelja B.
- 60 U skladu s člankom 52. stavkom 1. Zakona o javnoj nabavi, popis dobavljača koji su dostavili lažne informacije mora uključivati dobavljače u smislu članka 2. točke 36. tog zakona (dobavljač znači gospodarski subjekt koji je fizička osoba, privatna ili javna pravna osoba, druga organizacija i njezini ogranci ili skupina takvih osoba, uključujući privremena udruženja gospodarskih subjekata, koji na tržištu nudi izvršenje radova ili isporuku robe ili usluga). Međutim, treba zauzeti stajalište da opisana negativna mjera (posljedica) koja se izriče za nezakonite radnje načelno podrazumijeva osobnu odgovornost subjekta (sankciju). Stoga ju bez iznimke treba primjenjivati samo na subjekte koji su na bilo koji način sudjelovali u postupcima javne nabave i javnom naručitelju dostavili informacije o sebi, u svoje ime.
- 61 S obzirom na navedeno, nije jasno rezultiraju li nezakonite radnje pojedinih partnera u zajednici ponuditelja, to jest pružanje lažnih informacija o sebi, negativnim posljedicama samo za njih ili za sve partnere zajedno. Potonjem stajalištu u prilog može ići jedinstvo (zajednička narav) interesa i odgovornosti svih partnera. S druge strane, upitno je je li takav model zajedničke odgovornosti neproporcionalan imajući na umu da su gospodarski subjekti koji su uvršteni na popis dobavljača koji su dostavili lažne informacije isključeni iz sudjelovanja u postupcima nabave tijekom sljedećih godinu dana.
- 62 Nesporno je da su gospodarski subjekti koji u postupku javne nabave sudjeluju u okviru zajednice ponuditelja izloženi dodatnim rizicima, koji su povezani s potrebom da se neki partneri isključe iz odnosnog postupka javne nabave ili s njihovom nemogućnosti da nastave u njemu sudjelovati (primjerice, zbog insolventnosti) (vidjeti presudu od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347); međutim, takvi su rizici i njihove moguće posljedice povezane samo s odnosnim postupkom javnom nabave, a ne sa zabranom sudjelovanja u drugim takvim postupcima tijekom određenog razdoblja.