

Predmet C-416/21

**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda**

Datum podnošenja:

7. srpnja 2021.

Sud koji je uputio zahtjev:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Njemačka)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

24. lipnja 2021.

Protivnik zahtjeva i žalitelj:

Landkreis A.-F.

Podnositelj zahtjeva i druga stranka u žalbenom postupku:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Predmet glavnog postupka

Žalba protiv isključenja dvaju međusobno povezanih ponuditelja iz postupka javne nabave zbog povrede načela tajnosti u okviru tržišnog natjecanja i zbog narušavanja tržišnog natjecanja

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Tumačenje Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ; članak 267. UFEU-a

Prethodna pitanja

1. Treba li članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24/EU tumačiti na način da javni naručitelj mora imati dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da su gospodarski subjekti počinili povredu članka 101. UFEU-a?
2. Treba li članak 57. stavak 4. Direktive 2014/24/EU tumačiti kao pravilo kojim se taksativno uređuju fakultativne osnove za isključenje u smislu da načelu jednakog postupanja (članak 18. stavak 1. te direktive), u slučaju dostave ponuda koje nisu ni samostalne ni neovisne, ne može biti protivna dodjela ugovora?
3. Treba li članak 18. stavak 1. Direktive 2014/24/EU tumačiti na način da mu je protivna dodjela ugovora poduzetnicima koji čine gospodarsku cjelinu i koji su pojedinačno dostavili ponude?

Na drugo i treće pitanje treba odgovoriti samo u slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje.

Navedene odredbe prava Unije

Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68., SL 2016., L 311, str. 26. i SL 2020., L 406, str. 67.): članak 18. stavak 1. i članak 57. stavak 4.

Navedene nacionalne odredbe

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Zakon o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja, u daljnjem tekstu: GWB), članci 1., 97. i 124.:

Članak 1. Zabrana sporazuma koji ograničavaju tržišno natjecanje

Zabranjeni su sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađena djelovanja čiji je cilj ili učinak sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja.

Članak 97. Načela javne nabave

(1) Ugovori o javnoj nabavi i koncesije dodjeljuju se na temelju javnih natječaja i transparentnih postupaka. Pritom se poštuju načela ekonomičnosti i proporcionalnosti.

(2) Prema sudionicima u postupku javne nabave treba postupati jednako, osim ako se ovim zakonom izričito ne zahtijeva ili dopušta nejednako postupanje.

Članak 124. Fakultativne osnove za isključenje

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

[...]

2. [...] je nad imovinom poduzetnika predloženo otvaranje stečajnog postupka ili usporedivog postupka odnosno ako je otvoren stečajni ili usporediv postupak, [...]
3. se utvrdi da je poduzetnik, u okviru svoje djelatnosti, počinio tešku povredu koja dovodi u pitanje njegovu vjerodostojnost; [...]
4. javni naručitelj ima dovoljno pokazatelja da zaključi da je poduzetnik sklopio sporazume s drugim poduzetnicima ili uskladio djelovanja s ciljem ili učinkom da oteža, ograniči ili naruši tržišno natjecanje,

[...]

8. ako je poduzetnik u pogledu osnova za isključenje ili kriterija za odabir ozbiljno lažno prikazao činjenice ili prikrio informacije [...]

Kratak prikaz činjeničnog stanja i postupka

- 1 Protivnik zahtjeva, odnosno okrug, u otvorenom postupku namjerava dodijeliti ugovor za obavljanje usluga javnog autobusnog prijevoza. Procijenjena vrijednost ugovora prelazi prag iz članka 4. točke (c) Direktive 2014/24/EU. U skladu s obavijesti o nadmetanju, cijena nije jedini kriterij za dodjelu, a varijante ili alternativne ponude nisu dopuštene.
- 2 U relevantnom je roku primljeno nekoliko ponuda, među ostalim, i ponude dvaju podnositelja zahtjeva. Prvi podnositelj zahtjeva je trgovac koji posluje pod svojom tvrtkom upisanom u trgovački registar, dok je drugi podnositelj zahtjeva društvo s ograničenom odgovornošću čiji je član uprave i jedini član društva prvi podnositelj zahtjeva. Nad imovinom prvog podnositelja zahtjeva otvoren je stečajni postupak odlukom od 1. studenoga 2019. Stečajni upravitelj odobrio je dopisom od 1. prosinca 2019. samostalno obavljanje djelatnosti prvog podnositelja zahtjeva. Ponude dvaju podnositelja zahtjeva od 27. veljače 2020. dostavila je ista osoba, a kao izjavitelj u oba je slučaja naveden prvi podnositelj zahtjeva. Prvi podnositelj zahtjeva naveo je u svojoj ponudi, među ostalim, da nad imovinom poduzetnika nije ni predložen ni otvoren stečajni postupak.
- 3 Oba podnositelja zahtjeva obaviještena su 2. travnja 2020. da su njihove ponude isključene zbog povrede načela tajnosti u okviru tržišnog natjecanja i zbog narušavanja tržišnog natjecanja jer ih je sastavila ista osoba.

- 4 Oba podnositelja zahtjeva žalila su se pred Vergabekammerom (Vijeće za javnu nabavu, Njemačka) koja je prihvatila njihovu žalbu. Protiv odluke Vijeća za javnu nabavu protivnik zahtjeva podnio je žalbu sudu koji je uputio zahtjev.

Glavni argumenti stranaka glavnog postupka

- 5 Podnositelji zahtjeva tvrde da nije riječ o povredi načela tajnosti u okviru tržišnog natjecanja ni o narušavanju tržišnog natjecanja. Zbog sveobuhvatne upravljačke ovlasti prvog podnositelja zahtjeva i potpune kontrole drugog podnositelja zahtjeva, oni čine jedinstvenog poduzetnika na kojeg se ne primjenjuje tržišno natjecanje. Nepostojeće tržišno natjecanje ne može se ograničiti ili narušiti. Pravila o tržišnom natjecanju u skladu s člankom 97. stavkom 1. GWB-a ne primjenjuju se na poduzetnike koji čine gospodarsku cjelinu. Ponude podnositelja zahtjeva treba smatrati jednakovrijednima nekoliko (glavnih) ponuda istog ponuditelja. To u ovom slučaju nije isključeno u dokumentima u postupku javne nabave. Opasnost od narušavanja tržišnog natjecanja ne postoji u takvom slučaju i općenito ne predstavlja problem ako se ponude ne razlikuju samo u pogledu cijene, nego i u objektivnom i tehničkom smislu. Taj je zahtjev u ovom slučaju ispunjen jer su ponude podnositelja zahtjeva sadržavale međusobno različite kombinacije vozila.
- 6 Podnositelji zahtjeva osobito se pozivaju na presudu Suda od 17. svibnja 2018., Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324). U toj je presudi Sud jasno razlikovao dvije skupine slučajeva. Sud je samo u pogledu drugog slučaja, u kojem uključeni poduzetnici nisu činili gospodarsku cjelinu (točka 29.), uputio na to da bi načelo jednakog postupanja iz članka 2. Direktive 2004/18 bilo povrijeđeno kad bi povezani ponuditelji mogli podnijeti usklađene ili dogovorene, odnosno nesamostalne ponude, koje bi im tako mogle donijeti neopravdane prednosti u odnosu na druge ponuditelje. U nastavku teksta, koji se odnosi na to da pritom nije potrebno ispitati čini li podnošenje takvih ponuda također postupanje protivno članku 101. UFEU-a, izričito se naglašava da se sva razmatranja u točki 29. primjenjuju samo u slučaju u kojem nije riječ o gospodarskoj cjelini.
- 7 U ovom su slučaju podnositelji zahtjeva činili gospodarsku cjelinu i nisu ostvarili neopravdanu prednost. Iz načela jednakog postupanja, u skladu s kojim s nejednakim situacijama treba postupati nejednako, proizlazi da se ponuditelji ne smiju isključiti u slučaju dopuštenog usklađivanja.
- 8 Protivnik zahtjeva osobito tvrdi da je cilj pravila o javnoj nabavi osigurati istinsko tržišno natjecanje između ponuditelja koji sudjeluju u postupku javne nabave i koji imaju pravo na to da dostave ponude a da im pritom nisu poznate ponude konkurenata. Povredom tog načela u slučaju kad dva ponuditelja čine gospodarsku cjelinu ne bi se uzeli u obzir interesi ostalih ponuditelja. Ponuditelji koji čine gospodarsku cjelinu imali bi prednost u odnosu na ostale ponuditelje a da pritom ne postoji pravno održiva osnova, što bi dovelo do povrede načela jednakog

postupanja i ugrožavanja, odnosno narušavanja tržišnog natjecanja koje treba zaštititi. Naime, budući da su ti poduzetnici koji čine gospodarsku cjelinu u formalnom pogledu dva različita pravna subjekta, oni bi mogli ostvariti prednost, primjerice, sudjelovanjem na natječaju na temelju usklađenih ponuda i pružanjem dokaza o tome da ispunjavaju različite uvjete za odabir. Ako se jedan ponuditelj gospodarske cjeline isključuje zbog neispunjavanja uvjeta, drugi ponuditelj gospodarske cjeline ostaje u natječaju s ponudom usklađenom između tih ponuditelja. Sporazumi i usklađena djelovanja koji se navode u članku 124. stavku 1. točki 4. GWB-a ne odnose se samo na zaštitu tržišnog natjecanja između poduzetnika uključenih u takve sporazume i usklađena djelovanja.

- 9 U presudi u predmetu *Specializuotas transportas* također se ne podupire stajalište podnositeljâ zahtjeva, naprotiv, u skladu s tom presudom, povreda načela jednakog postupanja i transparentnosti onemogućuje da se ugovor dodijeli podnositeljima zahtjeva. U svakom slučaju, riječ je o nedopuštenoj dostavi dvostruke ponude.

Kratak prikaz obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 10 U skladu s člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24/EU, javni naručitelji iz sudjelovanja u postupku nabave mogu isključiti, ili države članice mogu od njih zahtijevati da isključe, bilo koji gospodarski subjekt ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da zaključi da je gospodarski subjekt sklopio sporazume s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja. Na temelju prve rečenice uvodne izjave 101., javnim naručiteljima trebala bi se pružiti mogućnost isključenja gospodarskih subjekata koji su dokazano nepouzdaniji jer su počinili teške poslovne prekršaje poput kršenja pravila o tržišnom natjecanju.
- 11 Prilikom provedbe navedene odredbe, njemački zakonodavac preuzeo je u članku 124. stavku 1. točki 4. GWB-a formulaciju o zabrani sporazuma koji ograničavaju tržišno natjecanje iz članka 1. GWB-a, koja uvelike odgovara odredbi članka 101. UFEU-a.
- 12 Članak 101. UFEU-a ne primjenjuje se kada njime zabranjene sporazume ili djelovanja provode poduzetnici koji čine gospodarsku cjelinu (presuda Suda u predmetu *Specializuotas transportas*, t. 28. i navedena sudska praksa i presuda od 12. srpnja 1984., *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, t. 11.).
- 13 Prema mišljenju ovog vijeća, podnositelji zahtjeva u tom smislu čine gospodarsku cjelinu. Dva gospodarska subjekta smatraju se gospodarskom cjelinom, odnosno jednim poduzetnikom u smislu članka 101. UFEU-a, kada društvo kći, iako ima zasebnu pravnu osobnost, ne određuje samostalno svoje ponašanje na tržištu nego u biti primjenjuje upute koje mu daje društvo majka, s obzirom na gospodarske, organizacijske i pravne veze koje povezuju ta dva pravna subjekta (vidjeti presude Suda od 27. siječnja 2021., *Goldman Sachs*, C-595/18, EU:C:2021:73, t. 31. i od 24. lipnja 2015., *Fresh Del Monte Produce/Komisija i Komisija/Fresh Del Monte*

Produce, C-293/13 P i C-294/13 P, EU:C:2015:416, t. 75. i navedena sudska praksa). Činjenica da „majka” ovdje nije društvo, nego registrirani trgovac pojedinac ne dovodi do drukčije ocjene.

- 14 U tom kontekstu ovo vijeće pita treba li članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24/EU tumačiti na način da javni naručitelj mora imati dovoljno vjerodostojnih pokazatelja za povredu članka 101. UFEU-a.
- 15 Ovo vijeće smatra da na prvo prethodno pitanje treba odgovoriti potvrdno jer se u uvodnoj izjavi 101. navodi kršenje pravila o tržišnom natjecanju.
- 16 Prema mišljenju vijeća, članak 57. stavak 4. točka (d) Direktive 2014/24/EU ne može se tumačiti na način da se i međusobno povezani ponuditelji, koji čine gospodarsku cjelinu i dostavljaju usklađene ponude, mogu isključiti u skladu s tom odredbom. Naprotiv, povreda načela tajnosti u okviru tržišnog natjecanja može opravdati isključenje u skladu s tom odredbom samo ako se na taj način povređuje odredba o zabranjenim sporazumima, a to nije moguće ako su poslovni subjekti obuhvaćeni takozvanim privilegijem koncerna iz prava zabranjenih sporazuma.
- 17 Prema mišljenju vijeća, u ovom slučaju nije moguće ni isključenje zbog teškog profesionalnog propusta (članak 57. stavak 4. točka (c) Direktive 2014/24/EU), koji se u pravnoj teoriji spominje kao sveobuhvatna odredba.
- 18 Točno je da ponuditelji koji čine gospodarsku cjelinu, od kojih svaki dostavlja jednu ponudu, time mogu ostvariti neopravdane prednosti u odnosu na ostale ponuditelje. Naime, u usporedbi s ponuditeljem koji dostavi nekoliko glavnih ponuda, ponuditelji koji čine gospodarsku cjelinu i od kojih svaki dostavlja jednu ponudu imaju veće izglede za dodjelu ugovora s obzirom na osnove za isključenje i kriterije za odabir koji se odnose na ponuditelje. Stoga je primjerice u ovom slučaju, s obzirom na otvaranje stečajnog postupka, moguće isključenje prvog podnositelja zahtjeva na temelju članka 124. stavka 4. točke 2 ili točke 8. GWB-a, dok je i dalje moguće ocijeniti ponudu drugog podnositelja zahtjeva koja je usklađena s ponudom prvog podnositelja zahtjeva, osim ako se drugonavedeni podnositelj zahtjeva isključuje na temelju neke druge odredbe. Međutim, vijeće smatra da to stajalište treba uzeti u obzir u pogledu drugog prethodnog pitanja.
- 19 Drugo i treće prethodno pitanje proizlaze iz dvojbi koje vijeće ima u pogledu pitanja protivi li se nabranje fakultativnih osnova za isključenje u članku 57. stavku 4. Direktive 2014/24/EU primjeni načela jednakog postupanja kako bi se opravdalo da se ponude dvaju ponuditelja koji čine gospodarsku cjelinu ne mogu uzeti u obzir zbog povrede načela tajnosti u okviru tržišnog natjecanja.
- 20 Drugim prethodnim pitanjem nastoji se pojasniti može li se sudska praksa Suda (presuda od 16. prosinca 2008., Michaniki, C-213/07, t. 44. i sljedeća) primijeniti na članak 57. stavak 4. Direktive 2014/24/EU.

- 21 Prema sudskoj praksi Suda u pogledu Direktive 2004/18/EZ, članak 2. te direktive treba tumačiti na način da mu je protivna dodjela ugovora ponuditeljima, čija je međusobna povezanost utjecala na sadržaj njihovih ponuda dostavljenih u istom postupku. Ponude povezanih ponuditelja moraju biti podnesene potpuno samostalno i neovisno (presuda u predmetu *Specializuotas transportas*, t. 38. i sljedeća). Ovo vijeće navedeno tumači na način da javni naručitelj u skladu s tom sudskom praksom nema diskrecijsku ovlast, koju ima u skladu s člankom 57. stavkom 4. Direktive 2014/24/EU („može”).
- 22 Međutim, isključenje koje se temelji na općim načelima iz članka 97. stavaka 1. i 2. GWB-a može se razmotriti u slučajevima kao što je ovaj samo ako nabranje fakultativnih osnova za isključenje, koje se uređuju člankom 57. stavkom 4. Direktive 2014/24/EU, nije taksativne prirode kojoj bi se protivilo isključenje.
- 23 Točno je da je Sud odlučio da se taksativnim nabranjem osnova za isključenje, koje se temelje na nedostatku stručne sposobnosti i koje proizlaze iz članka 24. prvog stavka Direktive 93/[3]7/EEZ o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ne isključuje ovlast država članica da primjenjuju ili donose materijalnopravne propise na temelju kojih, među ostalim, treba osigurati da se u području ugovora o javnoj nabavi poštuje načelo jednakog postupanja i načelo transparentnosti koje implicitno proizlazi iz prvonavedenog načela, a koje javni naručitelji trebaju poštovati u svakom postupku za dodjelu takvog ugovora (presuda u predmetu *Michaniki*, t. 44. i sljedeća). Nadalje, odlučio je da bi načelo jednakog postupanja iz članka 2. Direktive 2004/18/EZ bilo povrijeđeno kad bi povezani ponuditelji mogli podnijeti usklađene ili dogovorene, odnosno nesamostalne ponude, koje bi im tako mogle donijeti neopravdane prednosti u odnosu na druge ponuditelje (presuda u predmetu *Specializuotas transportas*, t. 29.), iako članak 45. stavak 2. te direktive također sadržava popis fakultativnih osnova za isključenje. Naposljetku, Sud se u zahtjevu za prethodnu odluku koji se odnosi na Direktivu 2014/24/EU pozvao na tu sudsku praksu (presuda od 11. srpnja 2019., *Telecom Italia*, C-697/17, EU:C:2019:599, t. 51. i sljedeća).
- 24 Međutim, dvojbe ovog vijeća na kojima se temelji zahtjev za prethodnu odluku proizlaze iz strukture odredbi. Naime, osnove za isključenje koje odgovaraju članku 57. stavku 4. točkama (e) i (f) Direktive 2014/24/EU i koje nisu povezane s povredom obveze poduzetnika, nego sa sukobom interesa i narušavanjem tržišnog natjecanja zbog prethodnog sudjelovanja poduzetnika, nisu bile predviđene ni člankom 24. prvim stavkom Direktive 93/[3]7/EEZ ni člankom 45. stavkom 2. Direktive 2004/18/EZ. Stoga se u pravnoj teoriji tvrdi da je zakonodavac Unije Direktivom 2014/24/EU taksativno uredio i isključenje na temelju jednakog postupanja i transparentnosti. Točno je da je Sud na temelju načela jednakog postupanja i transparentnosti zaključio da su javni naručitelji dužni ispitati eventualno postojanje sukoba interesa i poduzeti prikladne mjere za sprečavanje, otkrivanje i njihovo otklanjanje (presuda od 12. ožujka 2015., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, t. 43.). U članku 57. stavku 4. točki (f) i članku 41. Direktive 2014/24/EU zakonodavac Unije preuzeo je sudsku praksu Suda Europske unije koja se također temelji na načelu jednakog postupanja i koja se odnosi na osobe

koje su već bile uključene u pripremu postupka javne nabave (presuda od 3. ožujka 2005., *Fabrimcom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, t. 26. i sljedeće). Međutim, s obzirom na važnost načela jednakog postupanja koju je naglasio Sud i obveze koje iz tog načela proizlaze za javnog naručitelja, vijeće je skloni stajalištu da je, neovisno o proširenju popisa fakultativnih osnova za isključenje u članku 57. stavku 4. Direktive 2014/24/EU, načelu jednakog postupanja i dalje protivno razmatranje ponuda međusobno povezanih poduzetnika koje nisu ni samostalne ni neovisne. Čak i ako bi se moglo uzeti u obzir da javni naručitelji u skladu s uvodnom izjavom 101. Direktive 2014/24/EU prilikom primjene ovih, samo fakultativnih osnova za isključenje, osobito trebaju poštovati načelo proporcionalnosti, vijeće je skloni niječno odgovoriti na drugo prethodno pitanje.

- 25 Ovo vijeće smatra da je u skladu sa sudskom praksom Suda činjenica da se u nacionalnoj sudskoj praksi smatra da su, u skladu sa zakonodavnom strukturom, nacionalne odredbe o obveznim i fakultativnim osnovama za isključenje taksativne prirode (presuda u predmetu *Michaniki*, t. 43.) i tom se činjenicom ne isključuje primjena načela jednakog postupanja kako bi se opravdalo da se nisu uzele u obzir ponude koje su dostavila dva ponuditelja i koje su međusobno dogovorene ili usklađene.
- 26 Treće prethodno pitanje odnosi se na to može li se presuda u predmetu *Specializuotas transportas*, koja se izričito odnosi na povezane ponuditelje koji ne čine gospodarsku cjelinu i u skladu s kojom se ponude moraju podnositi samostalno i neovisno, primijeniti na ponude ponuditelja koji čine gospodarsku cjelinu.
- 27 Prema mišljenju vijeća, načelu jednakog postupanja osobito je protivna dodjela ugovora ponuditeljima koji čine gospodarsku cjelinu i koji ne mogu dostaviti ni samostalne ni neovisne ponude. Nije logično da se povezanim poduzetnicima koji ne čine gospodarsku cjelinu može dodijeliti ugovor samo pod uvjetom da su njihove ponude uistinu samostalne i neovisne, dok se poduzetnicima koji čine gospodarsku cjelinu i koji stoga ne mogu ispuniti taj uvjet ugovori mogu dodijeliti bez daljnjeg.
- 28 Ovo vijeće stoga predlaže da se na treće prethodno pitanje odgovori potvrdno.