Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
ATHANASIOSA RANTOSA
od 11. svibnja 2023.[1]

Predmet C-266/22

CRRC Qingdao Sifang CO LTD,
Astra Vagoane Călători SA
protiv
Autoritatea pentru Reformă Feroviară,
Alstom Ferroviaria SPA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Curtea de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Usklađivanje zakonodavstava – Provedba postupaka javne nabave radova, robe i usluga – Direktiva 2014/24/EU – Članak 25. – Nacionalno zakonodavstvo koje je stupilo na snagu nakon objave obavijesti o nadmetanju – Izmjena pojma ‚gospodarski subjekt' – Isključenje ponude koju je dostavio gospodarski subjekt s poslovnim nastavnom u Narodnoj Republici Kini – Treća zemlja koja nije potpisnica sporazuma iz članka 25."

I. Uvod

1. Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 2. stavka 1. točke 13., članka 18. stavka 1., članka 25. i članka 49. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ[2], kako je izmijenjena Delegiranom uredbom Komisije (EU) 2019/1828 od 30. listopada 2019.[3] (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/24).

2. Svojim dvama prethodnim pitanjima Curtea de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska) u biti traži od Suda da ispita protivi li se odredbama prava Unije koje se odnose na javnu nabavu isključenje gospodarskog subjekta s poslovnim nastanom u Narodnoj Republici Kini iz postupka javne nabave koji je pokrenuo javni naručitelj iz države članice ako to isključenje proizlazi iz nacionalnog zakonodavstva kojim je pojam „gospodarski subjekt" izmijenjen kako bi se prenio članak 25. Direktive 2014/24 i ako je to nacionalno zakonodavstvo stupilo na snagu nakon objave obavijesti o nadmetanju.

[1] Izvorni jezik: francuski

[2] 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.

[3] SL 2019., L 279, str. 25.

3. Taj je zahtjev podnesen u okviru spora između, s jedne strane, konzorcija koji čine CRRC Qingdao Sifang i Astra Vagoane Călători SA (u daljnjem tekstu zajedno: konzorcij) i, s druge strane, Autoritatee pentru Reformă Feroviară (tijelo za reformu željeznica, u daljnjem tekstu: ARF), javnog naručitelja iz Rumunjske, i društva Alstom Ferroviaria, koje je interveniralo u potporu ARF-u. Konkretnije, taj se spor odnosi na odluku tog tijela da isključi ponudu koju je konzorcij dostavio u okviru postupka javne nabave čiji je predmet nabava 20 novih međuregionalnih električnih motornih vlakova i nabava usluga održavanja i popravka tih vlakova zbog toga što je CRRC Qingdao Sifang društvo sa sjedištem u Narodnoj Republici Kini.

4. Upućena pitanja omogućit će Sudu da prvi put ispita usklađenost s pravom Unije nacionalnih pravila kojima se prenosi članak 25. Direktive 2014/24, kao i da tumači normativni sadržaj te odredbe.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2014/24

5. U uvodnim izjavama 1., 17. i 98. Direktive 2014/24 navodi se:

„(1) Dodjela ugovora o javnoj nabavi od strane ili u ime nadležnih tijela država članica mora biti u skladu s načelima Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), pogotovo s načelom slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, kao i s načelima koja iz toga proizlaze, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti. Međutim, u slučaju ugovora o javnoj nabavi iznad određene vrijednosti, trebalo bi sastaviti odredbe za koordinaciju postupaka nacionalne nabave kako bi se osiguralo da ta načela ostvaruju praktični učinak te da se pri javnoj nabavi potiče tržišno natjecanje.

[…]

(17) Odlukom Vijeća 94/800/EZ [od 22. prosinca 1994. o sklapanju u ime Europske zajednice, s obzirom na pitanja iz njezine nadležnosti, sporazuma postignutih u Urugvajskom krugu multilateralnih pregovora (1986. – 1994.) (SL 1994., L 336, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 74., str. 3.)] posebno je odobren Sporazum Svjetske trgovinske organizacije o javnoj nabavi [u daljnjem tekstu: GPA)]. Cilj je GPA-a uspostava multilateralnog okvira uravnoteženih prava i obveza vezanih uz ugovore o javnoj nabavi s ciljem postizanja liberalizacije i širenja svjetske trgovine. Za ugovore obuhvaćene prilozima 1., 2., 4. i 5. i Općim napomenama Dodatku I. Europske unije GPA-u te za ugovore obuhvaćene drugim relevantnim međunarodnim sporazumima kojima je Unija obvezana, javni naručitelji trebali bi ispuniti obveze na temelju tih sporazuma na način da primjenjuju ovu Direktivu u slučaju gospodarskih subjekata iz trećih zemalja koji su potpisnici tih sporazuma.

[…]

(98) Od ključne je važnosti da su kriteriji za dodjelu ili uvjeti izvršenja ugovora vezani uz društvene aspekte postupka proizvodnje povezani s radovima, robom ili uslugama koje će se pružati na temelju ugovora. Uz to, ti bi se kriteriji trebali primjenjivati sukladno Direktivi 96/71/EZ [Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 1996. o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga (SL 1997., L 18, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 5., str. 127.)], u skladu s tumačenjem [Suda], te ne bi trebali biti odabrani ili se ne bi trebali primjenjivati na način kojim se izravno ili neizravno diskriminira gospodarske subjekte iz drugih država članica ili trećih zemalja koje su stranke GPA-a ili Sporazuma o slobodnoj trgovini čija je stranka Unija. […]"

6. U stavku 1. članka 2. Direktive 2014/24, naslovljenog „Definicije", utvrđuju se, među ostalim, sljedeće definicije:

„Za potrebe ove Direktive primjenjuju se sljedeće definicije:

[…]

5. ‚ugovori o javnoj nabavi' znači ugovori kojima se ostvaruje financijski interes, sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja, a čiji je predmet izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga;

[…]

10. ‚gospodarski subjekt' znači fizička ili pravna osoba ili javno tijelo ili skupina tih osoba i/ili tijela, uključujući svako privremeno udruženje poduzeća, koja na tržištu nudi izvođenje radova i/ili posla, isporuku robe ili pružanje usluga;

[…]

11. ‚ponuditelj' znači gospodarski subjekt koji je dostavio ponudu;

[…]

13. ‚dokumentacija o nabavi' znači bilo koji dokument koji je sastavljen ili na koji javni naručitelj upućuje, a u kojemu se opisuju ili određuju elementi nabave ili postupka, uključujući obavijest o nadmetanju, prethodnu informacijsku obavijest ako se ona koristi kao sredstvo pozivanja na nadmetanje, tehničke specifikacije, opisnu dokumentaciju, predložene ugovorne uvjete, formate dokumenata koje podnose natjecatelji ili ponuditelji, informacije o općim primjenjivim obvezama te svu dodatnu dokumentaciju;

[…]"

7. U skladu s njezinim člankom 7., naslovljenim „Ugovori u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga", Direktiva 2014/24 ne primjenjuje se na ugovore o javnoj nabavi i projektne natječaje koje, na osnovi Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.), kako je izmijenjena Delegiranom uredbom Komisije (EU) 2019/1829 od 30. listopada 2019. (SL 2019., L 279, str. 27.)

(u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/25), dodjeljuju ili provode javni naručitelji koji obavljaju jednu ili više djelatnosti navedenih u člancima od 8. do 14. Direktive 2014/25 i koji se dodjeljuju za obavljanje tih djelatnosti.

8. U članku 18. Direktive 2014/24, naslovljenom „Načela nabave”, u stavku 1. prvom podstavku pojašnjava se da se javni naručitelji prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način.

9. Člankom 19. te direktive, naslovljenim „Gospodarski subjekti”, u stavku 1. prvom podstavku predviđa se:

„Gospodarski subjekti koji, sukladno pravu države članice u kojoj imaju poslovni nastan, imaju pravo pružati odgovarajuće usluge, ne smiju se odbijati iz razloga što bi, sukladno zakonu države članice u kojoj se ugovor dodjeljuje, morali biti ili fizičke ili pravne osobe.”

10. Članak 25. navedene direktive, naslovljen „Uvjeti povezani s GPA-om i drugim međunarodnim sporazumima”, glasi kako slijedi:

„U mjeri u kojoj su obuhvaćeni prilozima 1., 2., 4. i 5. te Općim napomenama u Dodatku I. Europske unije GPA-u, te drugim međunarodnim sporazumima koji su obvezujući za Uniju, javni naručitelji ne smiju nepovoljnije postupati s radovima, robom, uslugama i gospodarskim subjektima potpisnika tih sporazuma u odnosu na radove, robu, usluge i gospodarske subjekte Unije.”

11. Članak 49. iste direktive, naslovljen „Obavijest o nadmetanju”, glasi kako slijedi:

„Obavijesti o nadmetanju koriste se kao načini pozivanja na nadmetanje za sve postupke, ne dovodeći u pitanje članak 26. stavak 5. drugi podstavak i članak 32. Obavijesti o nadmetanju sadrže informacije navedene u Prilogu V. dijelu C i objavljuju se u skladu s člankom 51.”

12. Člankom 58. Direktive 2014/24, naslovljenim „Kriteriji za odabir”, u stavku 2. prvom podstavku određuje se:

„S obzirom na sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti, javni naručitelji mogu zahtijevati od gospodarskih subjekata da budu upisani u jedan od strukovnih ili obrtnih registara koji se vodi u njihovoj državi članici poslovnog nastana kako je opisano u Prilogu XI. ili da budu usklađeni s drugim uvjetima određenim u tom Prilogu.”

2. Direktiva 2014/25

13. Člankom 1. Direktive 2014/25, naslovljenim „Predmet i područje primjene”, u stavku 2. određuje se:

„Nabava u smislu ove Direktive podrazumijeva kupnju, putem ugovora o nabavi robe, radovima ili uslugama radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti naručitelji odabrali, pod uvjetom da su radovi, roba ili usluge namijenjene obavljanju neke od djelatnosti navedenih u člancima od 8. do 14.”

14. Člankom 11. te direktive, naslovljenim „Usluge prijevoza”, predviđa se:

„Ova se Direktiva primjenjuje na djelatnosti koje se odnose na pružanje mreža ili upravljanje mrežama koje pružaju uslugu javnosti u području prijevoza željeznicom, automatiziranim sustavima, tramvajem, trolejbusom, autobusom ili žičarom.

Što se tiče prijevoznih usluga, smatra se da mreža postoji ako se usluga pruža pod poslovnim uvjetima koje je utvrdilo nadležno tijelo države članice, kao što su uvjeti o linijama koje se trebaju pružiti, kapacitetu koji se treba staviti na raspolaganje ili učestalosti usluge.”

15. Članak 43. navedene direktive, naslovljen „Uvjeti povezani s GPA-om i drugim međunarodnim sporazumima”, glasi kako slijedi:

„U mjeri u kojoj su obuhvaćeni prilozima 3., 4. i 5. te Općim napomenama u Dodatku I. Europske unije GPA-u te drugih međunarodnih sporazuma koji su obvezujući, za Uniju, naručitelji u smislu članka 4. stavka 1. točke (a) ne smiju nepovoljnije postupati s radovima, robom, uslugama i gospodarskim subjektima potpisnika tih sporazuma u odnosu na radove, robu, usluge i gospodarske subjekte Unije.”

3. Komunikacija Komisije od 24. srpnja 2019.

16. Komunikacija Komisije od 24. srpnja 2019., naslovljena „Smjernice za sudjelovanje ponuditelja i robe iz trećih zemalja na tržištu javne nabave EU-a” (C(2019) 5494 *final*) [4] (u daljnjem tekstu: Komunikacija Komisije od 24. srpnja 2019.) sadržava sljedeće relevantne odlomke:

„EU se u okviru nekoliko međunarodnih sporazuma (kao što su Sporazum o javnoj nabavi i bilateralni sporazumi o slobodnoj trgovini s poglavljima o javnoj nabavi) obvezao omogućiti pristup svojem tržištu javne nabave za određene radove, robu, usluge i gospodarske subjekte iz više trećih zemalja.

U skladu s time, direktivama o javnoj nabavi predviđeno je da javni naručitelji u EU-u ne smiju nepovoljnije postupati s radovima, robom, uslugama i gospodarskim subjektima potpisnika tih sporazuma u odnosu na radove, robu, usluge i gospodarske subjekte EU-a, u mjeri u kojoj su obuhvaćeni tim sporazumima […].

Osim te obveze, gospodarski subjekti iz trećih zemalja koji nisu sklopili sporazum o otvaranju tržišta javne nabave EU-a ili čija roba, usluge i radovi nisu obuhvaćeni takvim sporazumom nemaju osiguran pristup postupcima javne nabave u EU-u te mogu biti isključeni.”

[4] SL 2019., C 271, str. 43.

B. Rumunjsko pravo

17. U članku 3. stavku 1. točki jj) Legee nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Zakon br. 98/2016 o javnoj nabavi) od 19. svibnja 2016. (*Monitorul Oficial al României*, dio I., br. 390 od 23. svibnja 2016.), u verziji koja je bila na snazi 3. travnja 2020. (u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi), pojam „gospodarski subjekt" definira se kako slijedi:

„Za potrebe ovog zakona primjenjuju se sljedeće definicije:

[…]

(jj) gospodarski subjekt – svaka fizička ili pravna osoba javnog ili privatnog prava ili skupina ili udruženje tih osoba, uključujući svako privremeno udruženje dvaju ili više takvih subjekata, koja na tržištu zakonito nudi izvođenje radova i/ili posla, nabavu robe ili pružanje usluga".

18. Člankom 236. Zakona o javnoj nabavi predviđa se:

„1. Ovaj zakon primjenjuje se na postupke javne nabave pokrenute nakon dana njegova stupanja na snagu.

2. Na postupke javne nabave koji su u tijeku na dan stupanja na snagu ovog zakona primjenjuje se zakon koji je bio na snazi na dan pokretanja postupka javne nabave.

3. Ovaj zakon primjenjuje se na ugovore o javnoj nabavi odnosno okvirne sporazume sklopljene nakon dana njegova stupanja na snagu.

4. Na sva pitanja u vezi sa sklapanjem, izmjenom, tumačenjem, učincima, izvršenjem ili prestankom ugovora o javnoj nabavi odnosno okvirnih sporazuma sklopljenih prije dana stupanja na snagu ovog zakona primjenjuju se odredbe zakona koji je bio na snazi u vrijeme njihova sklapanja."

19. Ordonanțom de urgență a Guvernului nr. 25/2021 privind modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice (Hitna vladina uredba br. 25/2021 o izmjeni i dopuni određenih normativnih akata u području javne nabave) od 31. ožujka 2021. (*Monitorul Oficial al României*, dio I., br. 346 od 5. travnja 2021.) (u daljnjem tekstu: OUG br. 25/2021), koji je stupio na snagu 5. travnja 2021., izmijenjeno je nekoliko odredbi Zakona o javnoj nabavi kako bi se prenijeli članak 25. Direktive 2014/24 i članak 43. Direktive 2014/25.

20. Člankom V. OUG-a br. 25/2021 određuje se:

„Na postupke javne nabave u kojima su gospodarski subjekti podnijeli ponude na dan stupanja na snagu ovog OUG-a primjenjuje se zakonodavstvo koje je na snazi na dan kada su ti postupci započeli."

21. Člankom 3. stavkom 1. točkom jj) Zakona o javnoj nabavi, kako je izmijenjen OUG-om br. 25/2021, pojam „gospodarski subjekt" definira se kako slijedi:

„Za potrebe ovog zakona primjenjuju se sljedeće definicije:

[…]

(jj) gospodarski subjekt – svaka fizička ili pravna osoba javnog ili privatnog prava ili skupina ili udruženje tih osoba, uključujući svako privremeno udruženje dvaju ili više takvih subjekata, koja na tržištu zakonito nudi izvođenje radova i/ili posla, nabavu robe ili pružanje usluga, a koja ima poslovni nastan u:

i) državi članici [Unije];

ii) državi članici Europskog gospodarskog prostora (EGP);

iii) trećim zemljama koje su ratificirale [GPA] u mjeri u kojoj dodijeljen ugovor o javnoj nabavi ulazi u područje primjene priloga 1., 2., 4. i 5., 6. i 7. Dodatka I. GPA-u;

iv) trećim zemljama koje pristupaju [Uniji];

v) trećim zemljama koje nisu obuhvaćene točkom iii), ali su stranke drugih međunarodnih sporazuma koji obvezuju [Uniju] da odobri slobodan pristup postupcima javne nabave".

22. U članku 49. Zakona o javnoj nabavi, kako je izmijenjen OUG-om br. 25/2021, navodi se:

„1. Javni naručitelji dužni su se prema gospodarskim subjektima ponašati jednako i bez diskriminacije te djelovati na transparentan i razmjeran način.

2. U mjeri u kojoj su obuhvaćeni područjem primjene priloga 1., 2., 4. i 5., 6. i 7. Dodatku I. GPA-u te drugih međunarodnih sporazuma koji su obvezujući za [Uniju], javni naručitelji ne smiju nepovoljnije postupati s radovima, robom, uslugama i gospodarskim subjektima potpisnika tih sporazuma u odnosu na radove, robu, usluge i gospodarske subjekte Unije."

23. Člankom 53. stavcima 1. i 1.*bis* Zakona o javnoj nabavi, kako je izmijenjen OUG-om br. 25/2021, određuje se:

„1. U postupcima javne nabave iz članka 68. smiju sudjelovati gospodarski subjekti utvrđeni člankom 3. stavkom 1. točkom jj), u svojstvu pojedinačnog ili udruženog ponuditelja odnosno kandidata odnosno treće osobe na čiju se sposobnost ponuditelj oslanja odnosno podugovaratelja.

1.*bis* Javni naručitelj isključuje iz postupka javne nabave svaku fizičku ili pravnu osobu u svojstvu pojedinačnog ili udruženog ponuditelja odnosno kandidata odnosno treće osobe na čiju se sposobnost ponuditelj oslanja odnosno podugovaratelja koja nije u skladu s definicijom iz članka 3. stavka 1. točke jj), pri čemu nije potrebno ispitati razvrstavanje u skladu s odredbama članaka 164., 165. i 167."

III. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

24. ARF je 3. travnja 2020. objavom poziva na nadmetanje CN1020204 od 3. travnja 2020., zajedno s dokumentacijom o nabavi, u Sistemulu Electronic de Achiziții Publice (elektronički sustav javne nabave) pokrenuo otvoreni postupak javne nabave čiji je predmet „nabava 20 novih međuregionalnih električnih motornih vlakova pod nazivom RE-IR i nabava usluga održavanja i popravka potrebnih za funkcioniranje predmetnih vlakova".

25. OUG br. 25/2021 o izmjeni i dopuni određenih normativnih akata u području javne nabave stupio je na snagu 5. travnja 2021.

26. Dva gospodarska subjekta, odnosno konzorcij i društvo Alstom Ferroviaria, podnijela su ponude 19. travnja 2021., na zadnji dan roka za podnošenje ponuda u okviru postupka javne nabave o kojem je riječ.

27. ARF je 2. studenoga 2021. objavio konačni zapisnik o javnoj nabavi br. 22/410/28.10.2021, kojim je isključio ponudu koju je podnio konzorcij, a uspješnom je proglasio ponudu društva Alstom Ferroviaria (u daljnjem tekstu: zapisnik o isključenju). Razlog za isključenje temeljio se na tome što voditelj konzorcija, odnosno društvo CRRC Qingdao Sifang, nije bio obuhvaćen pojmom „gospodarski subjekt" utvrđenim u članku 3. stavku 1. točki jj) Zakona o javnoj nabavi, kako je izmijenjen OUG-om br. 25/2021, s obzirom na to da se njegovo sjedište nalazi u Narodnoj Republici Kini.

28. Konzorcij je 11. studenoga 2021. protiv zapisnika o isključenju podnio prigovor Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (Državno vijeće za rješavanje sporova, Rumunjska, u daljnjem tekstu: CNSC). Konzorcij je u okviru tog prigovora tvrdio da je to isključenje, koje se temelji na retroaktivnoj primjeni OUG-a br. 25/2021, protivno rumunjskom Ustavu i pravu Unije.

29. CNSC je odlukom od 31. siječnja 2022. odbio prigovor konzorcija. To je tijelo najprije istaknulo da se na Narodnu Republiku Kinu ne primjenjuje nijedan od uvjeta predviđenih člankom 3. stavkom 1. točkom jj) podtočkama i. do v. Zakona o javnoj nabavi, kako je izmijenjen OUG-om br. 25/2021. Nadalje, CNSC je utvrdio da je konzorcij dostavio ponudu 19. travnja 2021., odnosno nakon što je OUG br. 25/2021 stupio na snagu 5. travnja 2021. Naposljetku, to je tijelo naglasilo da se, u skladu s člankom V. OUG-a br. 25/2021, samo na postupke javne nabave u kojima su gospodarski subjekti podnijeli ponude na dan stupanja na snagu tog OUG-a primjenjuje zakonodavstvo koje je na snazi na dan kada su ti postupci započeli. *A contrario*, na postupke javne nabave u kojima na dan stupanja na snagu OUG-a br. 25/2021, odnosno 5. travnja 2021., nije podnesena nijedna ponuda primjenjuje se navedeni OUG.

30. Konzorcij je protiv CNSC-ove odluke 14. veljače 2022. podnio tužbu Curtei de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu), odnosno sudu koji je uputio zahtjev, koja odlučuje u posljednjem stupnju. Konzorcij u okviru te tužbe tvrdi da izmjena pravila postupka javne nabave koji je u tijeku predstavlja povredu načelâ prava Unije, osobito načelâ zaštite legitimnih očekivanja, pravne sigurnosti, zabrane retroaktivnosti, transparentnosti i jednakog postupanja.

31. Tužitelji su 2. ožujka 2022. zatražili da se Sudu upute tri prethodna pitanja.

32. Sud koji je uputio zahtjev naglašava da je OUG-om br. 25/2021 izmijenjen pravni okvir u području javne nabave i da su ponovno utvrđena određena opća pravila o sudjelovanju u postupcima javne nabave, u skladu s člankom 25. Direktive 2014/24, kojim se predviđa da su države članice dužne osigurati da se samo prema gospodarskim subjektima iz trećih zemalja potpisnica sporazuma na koje se u toj odredbi upućuje postupa jednako kao prema gospodarskim subjektima iz država članica.

33. Rumunjska vlada navela je u preambuli OUG-a br. 25/2021 da tijekom proteklih godina postoji tendencija povećanja broja ponuditelja iz trećih zemalja koji sudjeluju u postupcima javne nabave i koji nude manja jamstva u pogledu poštovanja određenih zahtjeva kao što su certificirani standardi kvalitete, standardi zaštite okoliša i održivog razvoja, zahtjevi u pogledu radnih uvjeta i socijalne zaštite te politike tržišnog natjecanja.

34. Sud koji je uputio zahtjev utvrđuje da se člankom 25. Direktive 2014/24, u pogledu postupanja prema gospodarskim subjektima iz te odredbe, ne pravi razlika s obzirom na trenutak u kojem ti subjekti podnose svoje ponude u okviru postupaka javne nabave u kojima sudjeluju.

35. Taj se sud pita u kojoj je mjeri osigurano poštovanje načela pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja, koja su propisana pravom Unije, te načela jednakog postupanja, transparentnosti i proporcionalnosti, koja su predviđena člankom 18. stavkom 1. Direktive 2014/24, u vezi s njezinim člankom 2. stavkom 1. točkom 13. i člankom 49., ako je ponuditelj isključen na temelju normativnog akta sa zakonskom snagom kojim je definicija gospodarskog subjekta izmijenjena nakon objave obavijesti o nadmetanju.

36. U tim je okolnostima Curtea de Apel București (Žalbeni sud u Bukureštu) odlučila prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se načelima pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja nacionalno zakonodavstvo kojim je s učinkom od 5. travnja 2021. prenesen članak 25. [Direktive 2014/24] i kojim je propisano da gospodarski subjekti na koje se ne primjenjuju te odredbe prava Unije mogu i dalje sudjelovati u postupcima javne nabave isključivo ako su podnijeli ponude prije stupanja na snagu te zakonodavne izmjene?

2. Protivi li se načelima jednakog postupanja, transparentnosti i proporcionalnosti iz članka 18. stavka 1. [Direktive 2014/24], u vezi s njezinim člankom 2. stavkom 1. točkom 13. i člankom 49., isključenje ponuditelja na temelju normativnog akta sa zakonskom snagom koji je donijela vlada države članice, a kojim se utvrđuje novo pravilo kojim se mijenja definicija gospodarskog subjekta, nakon objave obavijesti o nadmetanju koja se odnosi na postupak javne nabave u kojem sudjeluje takav subjekt?”

37. Pisana očitovanja Sudu podnijeli su konzorcij, ARF, Alstom Ferroviaria, austrijska vlada te Europska komisija.

38. Alstom Ferroviaria i ARF podredno predlažu, a to predlažu i austrijska vlada i Komisija, da se na postavljena pitanja odgovori niječno. Konzorcij pak predlaže da se na njih odgovori potvrdno.

IV. Analiza

A. Dopuštenost prethodnih pitanja i nadležnost Suda za davanje odgovora na njih

39. Alstom Ferroviaria i ARF ističu da je zahtjev za prethodnu odluku nedopušten u cijelosti. Konkretnije, Alstom Ferroviaria tvrdi da su prethodna pitanja nedopuštena jer se ne odnose na tumačenje odredbi prava Unije, nego nacionalnih pravnih pravila [5] koja su u isključivoj nadležnosti nacionalnog suda. ARF pak naglašava da pravna situacija na kojoj se temelji glavni postupak nije obuhvaćena područjem primjene *ratione personae* prava Unije i da je zahtjev za prethodnu odluku nedopušten u odnosu na društvo CRRC Qingdao Sifang. Usto, ako se zahtjev za prethodnu odluku proglasi nedopuštenim u odnosu na društvo CRRC Qingdao Sifang, treba ga proglasiti nedopuštenim i u odnosu na društvo Astra Vagoane Călători, koje je, iako ima poslovni nastan u Rumunjskoj, u postupku javne nabave sudjelovalo u okviru konzorcija s društvom CRRC Qingdao Sifang.

40. U tom pogledu podsjećam na to da je, prema ustaljenoj sudskoj praksi, u okviru postupka suradnje između nacionalnih sudova i Suda koja je određena člankom 267. UFEU-a, isključivo na nacionalnom sudu pred kojim se vodi postupak i koji mora preuzeti odgovornost za sudsku odluku koja će biti donesena da, uvažavajući posebnosti predmeta, ocijeni nužnost prethodne odluke za donošenje svoje presude i relevantnost pitanja koja postavlja Sudu. Posljedično, s obzirom na to da se upućena pitanja odnose na tumačenje pravnog pravila Unije, Sud je načelno dužan donijeti odluku [6]. Usto, odbijanje davanja odgovora na prethodno pitanje nacionalnog suda moguće je samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom glavnog postupka, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaže činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi mogao dati koristan odgovor na postavljena pitanja [7].

41. Sud koji je uputio zahtjev u ovom slučaju želi znati je li u skladu s pravom Unije primjena, nakon objave obavijesti o nadmetanju, nacionalnog zakonodavstva kojim je izmijenjen pojam „gospodarski subjekt” kako bi se prenio članak 25. Direktive 2014/24 i iz kojeg proizlazi isključenje konzorcija. U tim se okolnostima ne može smatrati da zatraženo tumačenje prava Unije očito nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom glavnog postupka odnosno da je problem hipotetski. Usto, odluka kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku sadržava činjenične i pravne elemente koji su dostatni za davanje korisnog odgovora na pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev. Osim toga, kad je riječ o argumentima na koje se ARF pozvao u pogledu neprimjenjivosti Direktive 2014/24 na gospodarske subjekte s poslovnim nastanom u trećim zemljama koje nisu potpisnice sporazuma o otvaranju postupaka javne nabave Unije, riječ je o argumentima koji se odnose na analizu merituma postavljenih pitanja, a ne njihove dopuštenosti.

42. S obzirom na prethodna razmatranja, smatram da je zahtjev za prethodnu odluku dopušten.

[5] Odnosno utvrđivanje relevantne prijelazne odredbe OUG-a br. 25/2021, elemenata kojima se definira nastanak pravnog odnosa između konzorcija i ARF-a i elemenata koji su doveli do isključenja ponuditelja, kao i trenutka u kojem je konzorcij stvarno saznao za navodno novo pravilo.

[6] Presude od 16. lipnja 2015., Gauweiler i dr. (C-62/14, EU:C:2015:400, t. 24. i navedena sudska praksa) i od 12. siječnja 2023., DOBELES HES (C-702/20 i C-17/21, EU:C:2023:1, t. 46.)

[7] Presude od 24. studenoga 2020., Openbaar Ministerie (Krivotvorenje isprava) (C-510/19, EU:C:2020:953, t. 26. i navedena sudska praksa) i od 21. ožujka 2023., Mercedes-Benz Group (Odgovornost proizvođačâ vozila koja imaju poremećajne uređaje) (C-100/21, EU:C:2023:229, t. 53.)

B. Meritum

43. Svojim dvama prethodnim pitanjima, koja valja ispitati zajedno, sud koji je uputio zahtjev u biti pita protivi li se, s jedne strane, načelima pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja i, s druge strane, načelima jednakog postupanja, transparentnosti i proporcionalnosti iz članka 18. stavka 1. Direktive 2014/24, u vezi s člankom 2. stavkom 1. točkom 13. i člankom 49. te direktive, isključenje ponuditelja zbog toga što ima poslovni nastan u trećoj zemlji koja nije potpisnica sporazuma iz članka 25. navedene direktive ako, s jedne strane, to isključenje proizlazi iz nacionalnog zakonodavstva kojim je izmijenjen pojam „gospodarski subjekt" kako bi se prenio taj članak 25. i ako je, s druge strane, to nacionalno zakonodavstvo stupilo na snagu nakon objave predmetne obavijesti o nadmetanju, a prije nego što su ponude podnesene.

44. S obzirom na činjenice o kojima je riječ u glavnom postupku, potrebno je navesti nekoliko napomena o materijalnom, vremenskom i osobnom području primjene Direktive 2014/24. Naime, konzorcij će se moći pozvati na različita načela prava Unije o kojima sud koji je uputio zahtjev postavlja pitanja samo ako je obuhvaćen područjem primjene te direktive.

45. Međutim, kao što će se to pokazati u nastavku, iako je točno da primjena te direktive *ratione materiae* i *ratione temporis* dovodi do pitanja o kojima *in fine* mora odlučiti nacionalni sud, to nije slučaj s njezinom primjenom *ratione personae* jer njezin članak 25. ima za učinak to da gospodarski subjekti iz trećih država koje nisu potpisnice sporazumâ iz te odredbe nemaju prava predviđena navedenom direktivom te se stoga ne mogu valjano pozivati na povredu načela jednakosti, nediskriminacije, pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja koja su predviđena pravom Unije.

1. Primjena ratione materiae

46. Čini mi se mogućim, kao i austrijskoj vladi i Komisiji, da na ugovor o javnoj nabavi o kojem je riječ u glavnom postupku, čiji su predmet nabava električnih motornih vlakova za željeznički prijevoz i nabava usluga održavanja i popravka potrebnih za funkcioniranje tih vlakova, nije primjenjiva Direktiva 2014/24, o kojoj sud koji je uputio zahtjev postavlja pitanja, nego Direktiva 2014/25.

47. Direktiva 2014/24 primjenjuje se na postupke nabave koju provode javni naručitelji vezano uz ugovore o javnoj nabavi čija je procijenjena vrijednost jednaka ili veća od pragova utvrđenih u članku 4. te direktive. Na temelju članka 7. navedene direktive, ona se ne primjenjuje, među ostalim, na ugovore o javnoj nabavi koje dodjeljuju ili provode javni naručitelji koji obavljaju jednu ili više djelatnosti navedenih u člancima od 8. do 14. iste direktive i koji se dodjeljuju za obavljanje tih djelatnosti. Tako materijalno područje primjene Direktive 2014/24 ne obuhvaća, među ostalim, ugovore o javnoj nabavi u sektoru usluga prijevoza, koji je utvrđen u članku 11. Direktive 2014/25[8]. U tom članku 11., naslovljenom „Usluge prijevoza", u njegovu prvom stavku pojašnjava se, naime, da se ta direktiva primjenjuje na djelatnosti koje se odnose na pružanje *mreža* ili upravljanje *mrežama* koje pružaju uslugu javnosti u, među ostalim, području prijevoza željeznicom. Usto, u skladu s drugim stavkom navedenog članka, *mreža* postoji ako se usluga pruža pod poslovnim uvjetima koje je utvrdilo nadležno tijelo države članice, kao što su uvjeti o linijama koje se trebaju pružiti, kapacitetu koji se treba staviti na raspolaganje ili učestalosti usluge.

[8] Presuda od 1. kolovoza 2022., Roma Multiservizi i Rekeep (C-332/20, EU:C:2022:610, t. 64.)

48. Međutim, u ovom predmetu iz spisa kojim Sud raspolaže ne može se jasno zaključiti ni, s jedne strane, pruža li javni naručitelj o kojem je riječ u glavnom postupku, unatoč njegovu nazivu, sam usluge prijevoza u smislu članka 11. Direktive 2014/25[9] ni, s druge strane, hoće li se električnim motornim vlakovima koji su predmet nabave o kojoj je riječ u glavnom postupku upravljati u okviru mreže u smislu te odredbe[10]. Stoga je na sudu koji je uputio zahtjev, koji je jedini nadležan za ocjenu činjenica, da ispita te elemente i utvrdi je li tržište o kojem je riječ u glavnom postupku obuhvaćeno Direktivom 2014/24 ili pak Direktivom 2014/25.

49. S obzirom na to pojašnjenje, valja utvrditi da je tekst članka 25. Direktive 2014/24, o kojem je Sudu postavljeno pitanje, analogan tekstu članka 43. Direktive 2014/25 i da se u biti odnosi na iste sporazume[11]. Stoga to što nije točno utvrđeno koja je direktiva primjenjiva u glavnom postupku ne bi smjelo spriječiti Sud u davanju odgovora na postavljena pitanja, s obzirom na to da se tumačenje utvrđeno u odnosu na članak 25. Direktive 2014/24 može izravno prenijeti na članak 43. Direktive 2014/25[12].

2. *Primjena* ratione temporis

50. Kao što to proizlazi iz ustaljene sudske prakse, na ugovor o javnoj nabavi načelno je primjenjiva direktiva koja je na snazi u trenutku kada javni naručitelj odabere vrstu postupka koji će se provoditi i konačno razriješi pitanje je li obvezan provesti prethodno nadmetanje za sklapanje ugovora o javnoj nabavi[13].

51. U tom pogledu napominjem da je Direktiva 2004/18 stavljena izvan snage Direktivom 2014/24 s učinkom od 18. travnja 2016. Člankom 90. Direktive 2014/24 određuje se da države članice trebaju donositi zakone i druge propise potrebne za usklađivanje s potonjom direktivom najkasnije do 18. travnja 2016., osim u slučaju određenih iznimaka[14] koje u ovom slučaju nisu relevantne.

52. U ovom je slučaju poziv na nadmetanje objavljen 3. travnja 2020., gotovo četiri godine nakon stavljanja izvan snage Direktive 2004/18 i isteka roka za prenošenje Direktive 2014/24. Stoga je, kad je riječ o pravnom poretku Unije, u trenutku u kojem je javni naručitelj odabrao vrstu postupka na snazi bila Direktiva 2014/24.

53. Taj se zaključak ne može dovesti u pitanje činjenicom da je OUG br. 25/2021, kojim je članak 25. Direktive 2014/24 prenesen u rumunjsko pravo, stupio na snagu tek 5. travnja 2021., odnosno nakon objave poziva na nadmetanje od 3. travnja 2020. i gotovo pet godina nakon roka za prenošenje Direktive 2014/24.

9 Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, t. 21.).

10 O pojmu „upravljanje” vidjeti po analogiji presude od 28. veljače 2019., SJ (C-388/17, EU:C:2019:161, t. 49.) i od 28. listopada 2020., Pegaso i Sistemi di Sicurezza (C-521/18, EU:C:2020:867, t. 49. i sljedeće).

11 Dok se u Direktivi 2014/24 upućuje na priloge 1., 2., 4. i 5. Dodatku I. GPA-u, u Direktivi 2014/25 upućuje se na priloge 3., 4. i 5. istom dodatku GPA-u. Taj dodatak sadržava popis stranaka koje ulaze u područje primjene GPA-a i njegov je sastavni dio.

12 Vidjeti po analogiji presude od 10. studenoga 2011., Norma-A i Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, t. 39.) i od 20. rujna 2018., Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, t. 44.).

13 Vidjeti osobito presude od 10. srpnja 2014., Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, t. 31.) i od 3. listopada 2019., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, t. 31.).

14 Vidjeti u istom smislu članak 106. stavak 1. Direktive 2014/25.

54. Kao prvo, iz ustaljene sudske prakse Suda koja se odnosi na primjenu Direktive 2014/24 proizlazi da se njezine odredbe primjenjuju u razdoblju nakon roka za prenošenje, čak i prije stvarnog datuma prenošenja [15]. Osim toga, Sud je nedavno utvrdio da se isključenje ponude iz postupka dodjele ugovora prije isteka roka za prijenos relevantne direktive i prije nego što je ta direktiva prenesena u nacionalno pravo protivi načelu pravne sigurnosti, s obzirom na to da je odluka kojom je navodno povrijeđeno pravo Unije donesena prije isteka tog roka [16]. *A contrario* tumačenjem te sudske prakse moglo bi se smatrati da se Direktiva 2014/24 primjenjuje samo ako je barem u trenutku isključenja bila prenesena u nacionalno pravo. A to je u ovom predmetu doista bio slučaj. Stoga je Direktiva 2014/24 očito bila primjenjiva. To vrijedi i u odnosu na pravila za prenošenje Direktive 2014/25 [17].

55. Kao drugo, valja istaknuti da je točno da, prema ustaljenoj sudskoj praksi, direktiva ne može sama po sebi stvarati obveze za pojedinca te se stoga protiv njega nije moguće pozivati na direktivu kao takvu. Naime, širiti mogućnost pozivanja na odredbu direktive koja nije prenesena, ili je nepravilno prenesena, na područje odnosa između pojedinaca značilo bi priznati Uniji ovlast da s izravnim učinkom utvrđuje obveze na teret pojedinaca, iako ona tu ovlast ima samo prilikom donošenja uredbi [18]. Međutim, to u ovom predmetu nije slučaj.

56. S jedne strane, kad se pojedinci na direktivu koja nije prenesena u određenom roku ne pozivaju protiv pojedinca, nego protiv države, oni to mogu učiniti bez obzira na to u kojem svojstvu ta država djeluje. Treba, naime, izbjeći situaciju u kojoj bi država mogla imati koristi od svojeg nepoštovanja prava Unije. Nadalje, među subjekte protiv kojih se može pozivati na odredbe direktive koje mogu imati izravan učinak ubraja se i subjekt kojemu je, bez obzira na njegov pravni oblik, na temelju akta javne vlasti povjereno obavljanje službe od javnog interesa pod njezinim nadzorom te u tu svrhu raspolaže iznimnim ovlastima koje nadilaze pravila mjerodavna za odnose među pojedincima [19].

57. U ovom slučaju čini se da zahtjev za prethodnu odluku omogućuje zaključak da je ARF djelovao kao tijelo javne vlasti koje ispunjava uvjete koji se Direktivom 2014/24 zahtijevaju da bi ga se kvalificiralo kao „javnog naručitelja" u smislu članka 1. stavka 1. te direktive, što sud koji je uputio zahtjev ipak treba provjeriti [20]. Ako se to potvrdi, tada se protiv ARF-a može pozivati na odredbe Direktive 2014/24, uključujući pravila o njezinu području primjene (koja će se analizirati u nastavku). Stoga su se gospodarski subjekti koji su sudjelovali u postupku javne nabave o kojem je riječ u glavnom postupku i koji su obuhvaćeni njezinim područjem primjene u svakom slučaju mogli pozvati na primjenu Direktive 2014/24 nakon isteka roka za njezino prenošenje, neovisno o tome što je u rumunjsko pravo prenesena sa zakašnjenjem.

15 Vidjeti u tom smislu presude od 10. srpnja 2014., Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, t. 30. do 33.); od 20. rujna 2018., Rudigier (C-518/17, EU:C:2018:757, t. 42. i 43.); od 19. prosinca 2018., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice (C-216/17, EU:C:2018:1034, t. 45. i 46.) i od 27. studenoga 2019., Tedeschi i Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, EU:C:2019:1023, t. 29. do 31.).

16 Vidjeti po analogiji presude od 15. listopada 2009., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, t. 28. i 29.) i od 19. siječnja 2023., CNAE i dr. (C-292/21, EU:C:2023:32, t. 48. do 50.).

17 Vidjeti članak 106. stavak 1. Direktive 2014/25.

18 Vidjeti presude od 7. kolovoza 2018., Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, t. 42. i navedena sudska praksa) i od 22. lipnja 2022., Volvo i DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, t. 76. i navedena sudska praksa). Vidjeti i rješenje od 6. ožujka 2023., Deutsche Bank (Zabranjeni sporazum – Kamatne izvedenice u eurima) (C-198/22 i C-199/22, neobjavljeno, EU:C:2023:166, t. 70. i 71.).

19 Vidjeti u tom smislu presudu od 7. srpnja 2016., Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530, t. 21. i 22. te navedena sudska praksa).

20 Vidjeti po analogiji presudu od 7. srpnja 2016., Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530, t. 23.).

58. S druge strane, valja podsjetiti i na to da je nacionalni sud dužan tumačiti nacionalno pravo nakon isteka roka za prijenos neprenesene direktive tako da odmah uskladi situaciju o kojoj je riječ s odredbama te direktive, ali da pritom ipak ne tumači nacionalno pravo *contra legem* [21]. Međutim, u ovom slučaju ne može postojati nikakav rizik od takvog tumačenja *contra legem* jer je na dan podnošenja tužbe, odnosno 11. studenoga 2021., OUG br. 25/2021, kojim je prenesena Direktiva 2014/24, već bio na snazi [22].

3. *Primjena* ratione personae

59. Kako bi se mogao pozivati na načela prava Unije navedena u prethodnim pitanjima, konzorcij nužno mora biti obuhvaćen područjem primjene *ratione personae* Direktive 2014/24. Naime, u suprotnom bi slučaju trebalo zaključiti da konzorcij ne može ostvariti nikakvo pravo iz te direktive u okviru glavnog postupka. Kad se pravo Unije na njega ne bi primjenjivalo, ne bi se mogao pozivati ni na opća načela pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja, kako su zajamčena tim pravom.

60. U tom pogledu podsjećam na to da je CRRC Qingdao Sifang, voditelj konzorcija, društvo s poslovnim nastanom u Narodnoj Republici Kini, koja nije potpisnica sporazumâ iz članka 25. Direktive 2014/24. Kako bi se odgovorilo na postavljena pitanja, stoga najprije valja utvrditi je li društvo s poslovnim nastanom u toj državi obuhvaćeno područjem primjene *ratione personae* te direktive [23].

61. U tom pogledu valja ispitati članak 1. Direktive 2014/24, naslovljen „Predmet i područje primjene”, u kojem se samo navodi da se tom direktivom „utvrđuju pravila o postupcima nabave koju provode javni naručitelji vezana uz ugovore o javnoj nabavi” te se za pojam „nabava” u smislu te direktive navodi da podrazumijeva „stjecanje putem ugovora o javnoj nabavi, radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više javnih naručitelja *od gospodarskih subjekata* koje su ti javni naručitelji odabrali” [24]. Područje primjene navedene direktive stoga djelomično ovisi o definiciji pojma „gospodarski subjekt”. U skladu s člankom 2. stavkom 1. točkom 10. te direktive, tim je pojmom obuhvaćena „fizička ili pravna osoba ili javno tijelo ili skupina tih osoba i/ili tijela, uključujući svako privremeno udruženje poduzeća, koja na tržištu nudi izvođenje radova i/ili posla, isporuku robe ili pružanje usluga”.

62. Na temelju te definicije, kojom se fizičke ili pravne osobe s poslovnim nastanom u trećim zemljama formalno ne isključuje iz pojma „gospodarski subjekt”, može se tvrditi da su načelno *svi* gospodarski subjekt iz treće zemlje obuhvaćeni područjem primjene Direktive 2014/24. Konzorcij ističe upravo tu tezu kako bi se mogao pozvati na primjenu prava Unije i postupovnih prava.

[21] Rješenje od 6. ožujka 2023., Deutsche Bank (Zabranjeni sporazum – Kamatne izvedenice u eurima) (C-198/22 i C-199/22, neobjavljeno, EU:C:2023:166, t. 71.) i presuda od 22. lipnja 2022., Volvo i DAF Trucks (C-267/20, EU:C:2022:494, t. 77. i navedena sudska praksa). Vidjeti u tom smislu i presudu od 17. listopada 2018., Klohn (C-167/17, EU:C:2018:833, t. 45. i 65.).

[22] Vidjeti članak V. OUG-a br. 25/2021.

[23] Čini mi se da je pitanje promjenjivosti te direktive na subjekte iz trećih zemalja ne postavlja samo u pogledu subjekata s poslovnim nastanom u trećoj zemlji koja *nije potpisala* neki od sporazuma iz članka 25. Direktive 2014/24 (kao u glavnom postupku), postavlja i u pogledu subjekata s poslovnim nastanom u trećoj zemlji koja jest *potpisala* takav sporazum ili takve sporazume, ako postupci javne nabave nisu obuhvaćeni relevantnim sporazumom ili sporazumima. To je tumačenje utvrđeno u uvodnoj izjavi 10. Uredbe (EU) 2022/1031 Europskog parlamenta i Vijeća od 23. lipnja 2022. o pristupu gospodarskih subjekata, robe i usluga iz trećih zemalja tržištu javne nabave Unije i tržištu koncesija Unije i o postupcima kojima se podupiru pregovori o pristupu gospodarskih subjekata, robe i usluga iz Unije tržištu javne nabave trećih zemalja i tržištu koncesija trećih zemalja (Instrument za međunarodnu nabavu – IMN) (SL 2022., L 173, str. 1.) (u daljnjem tekstu: Uredba o IMN-u). S obzirom na navedeno, taj drugi slučaj nije relevantan u okviru glavnog postupka.

[24] Moje isticanje

63. Međutim, ne mogu se složiti s tim stajalištem. Naime, kao i ARF, austrijska vlada i Komisija, smatram da gospodarski subjekti koji imaju poslovni nastan u trećim zemljama načelno nisu obuhvaćeni Direktivom 2014/24, osim onih s poslovnim nastanom u trećim zemljama potpisnicama sporazumâ iz članka 25. te direktive. Stoga valja tumačiti tu odredbu.

64. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, prilikom tumačenja odredbe prava Unije valja voditi računa ne samo o njezinu tekstu nego i o ciljevima koji se nastoje postići propisom kojeg je ona dio, kao i o kontekstu nastanka tog propisa [25].

a) Tekstualno tumačenje

65. Kao prvo, kad je riječ o *tekstu* članka 25. Direktive 2014/24 [26], tom se odredbom predviđa da se prema gospodarskim subjektima iz trećih zemalja potpisnica sporazuma kojima se daje pristup postupcima javne nabave Unije „ne smije nepovoljnije" postupati u odnosu na gospodarske subjekte iz država članica. Drugim riječima, povlašten pristup postupcima javne nabave Unije imaju samo poduzetnici iz trećih zemalja s kojima je Unija sklopila međunarodne obvezujuće sporazume ili bilateralne sporazume o slobodnoj trgovini koji se odnose na javnu nabavu. *A contrario*, iz toga bi se moglo zaključiti da države članice mogu nepovoljnije postupati prema gospodarskim subjektima iz trećih zemalja koje *nisu potpisnice* takvih sporazuma i da stoga poduzetnici iz trećih zemalja koje nisu stranke sporazuma u tom području ne mogu ostvarivati povlašten pristup postupcima javne nabave Unije. Svako drugo tumačenje učinilo bi razliku između država *potpisnica* i država *koje nisu potpisnice* besmislenom.

66. Međutim, načelo jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima okosnica je direktiva koje se odnose na javnu nabavu, na kojoj se temelje gotovo sve njihove odredbe. Stoga, ako javni naručitelj iz države članice može nepovoljnije postupati prema gospodarskom subjektu iz treće zemlje, primjerice tako da njegovu ponudu isključi u korist ponude nacionalnog poduzetnika, smatram da se teško može tvrditi da su takvi subjekti i dalje, na neki način *pro forma*, obuhvaćeni područjem primjene direktiva 2014/24 i 2014/25. Drugim riječima, čini mi se da mogućnost država članica da prema gospodarskim subjektima iz određenih trećih zemalja nepovoljnije postupaju upućuje na to da ti subjekti nisu obuhvaćeni područjem primjene direktiva koje se odnose na javnu nabavu.

67. Osim toga, to je doslovno tumačenje potkrijepljeno uvodnom izjavom 10. Uredbe o IMN-u [27], kojom se, iako je istina da je donesena nakon što su donesene direktive 2014/24 i 2014/25 te se ne primjenjuje *ratione temporis* na glavni postupak, ipak izričito predviđa da „gospodarski subjekti iz trećih zemalja koje nisu sklopile sporazum kojim se predviđa otvaranje tržišta javne nabave EU-a ili čija roba, usluge i radovi nisu obuhvaćeni takvim sporazumom, nemaju osiguran pristup postupcima javne nabave u EU-u te mogu biti isključeni".

b) Kontekstualno tumačenje

68. Kao drugo, to tumačenje potkrijepljeno je *kontekstom* relevantnih odredbi.

[25] Presuda od 15. studenoga 2018., Verbraucherzentrale Baden-Württemberg (C-330/17, EU:C:2018:916, t. 23.)

[26] Članak 43. Direktive 2014/25

[27] Vidjeti bilješku 23.

69. U tom pogledu najprije valja navesti da pravnu osnovu Direktive 2014/24 čine članak 53. stavak 1., članak 62. i članak 114. UFEU-a. Te se odredbe odnose na pravo poslovnog nastana, slobodno pružanje usluga i donošenje mjera za usklađivanje odredbi zakona i drugih propisa država članica čiji je cilj uspostava i funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Međutim, prema ustaljenoj sudskoj praksi, navedene slobode nisu primjenjive na usluge i društva iz trećih zemalja [28]. Stoga se iz pravne osnove Direktive 2014/24 može zaključiti da se ona ne primjenjuje na gospodarske subjekte iz trećih zemalja, osim u okviru iznimke utvrđene njezinim člankom 25.

70. Nadalje, članak 19. stavak 1. prvi podstavak [29] i članak 58. stavak 2. prvi podstavak [30] te direktive polaze od pretpostavke da „gospodarski subjekti" u smislu navedene direktive imaju poslovni nastan u državi članici.

71. Naposljetku, sama činjenica da se Direktiva 2014/24 načelno ne primjenjuje na gospodarske subjekte iz trećih zemalja objašnjava, prema mojem mišljenju, potrebu da se u tu direktivu uključi odredba iz njezina članka 25., kako bi se pravo Unije koje se odnosi na javnu nabavu prilagodilo ugovornim obvezama o otvaranju koje Unija ima na temelju međunarodnih sporazuma.

c) Teleološko tumačenje

72. Kao treće, čini se da tezu o isključenju podupire i *teleološko tumačenje* članka 25. Direktive 2014/24. Naime, iz njezinih uvodnih izjava 17. i 98. kao i iz Komunikacije Komisije od 24. srpnja 2019. [31] proizlazi da to isključenje odražava strategiju reciprociteta koju je Unija uspostavila u okviru zajedničke trgovinske politike i osobito u svojim odnosima s Narodnom Republikom Kinom. U toj se komunikaciji, naime, izričito navodi da, osim obveze utvrđene u članku 25. Direktive 2014/24 (i članku 43. Direktive 2014/25), gospodarski subjekti iz trećih zemalja nemaju osiguran pristup postupcima javne nabave u Uniji te mogu biti „isključeni".

73. Ta se strategija reciprociteta, konkretnije, sastoji od pregovora o pristupu poduzetnikâ iz Unije postupcima javne nabave u trećim zemljama *u zamjenu za* pristup poduzetnikâ iz tih zemalja postupcima javne nabave Unije [32]. Međutim, očito je da se navedena strategija u praksi neće moći provoditi ako direktive o javnoj nabavi treba tumačiti na način da gospodarski subjekti iz svih trećih zemalja imaju stvarno pravo sudjelovati u postupcima javne nabave Unije.

74. S obzirom na sve prethodno navedeno, smatram da gospodarski subjekti iz trećih država koje nisu potpisnice sporazuma iz članka 25. Direktive 2014/24 i članka 43. Direktive 2014/25, kao što je Narodna Republika Kina, nisu obuhvaćeni područjem primjene *ratione personae* tih direktiva i

[28] Kad je riječ o slobodnom kretanju usluga, vidjeti presudu od 3. listopada 2006., Fidium Finanz (C-452/04, EU:C:2006:631, t. 25. i 50.). Kad je riječ o slobodi poslovnog nastana, vidjeti presudu od 1. travnja 2014., Felixstowe Dock i Railway Company i dr. (C-80/12, EU:C:2014:200, t. 39.).

[29] U skladu s tom odredbom, „[g]ospodarski subjekti koji, sukladno pravu *države članice u kojoj imaju poslovni nastan*, imaju pravo pružati odgovarajuće usluge, ne smiju se odbijati iz razloga što bi, sukladno zakonu države članice u kojoj se ugovor dodjeljuje, morali biti ili fizičke ili pravne osobe." (moje isticanje)

[30] U skladu s tom odredbom, „s obzirom na sposobnost za obavljanje profesionalne djelatnosti, javni naručitelji mogu zahtijevati od gospodarskih subjekata da budu upisani u jedan od strukovnih ili obrtnih registara koji se vodi *u njihovoj državi članici poslovnog nastana* kako je opisano u Prilogu XI. ili da budu usklađeni s drugim uvjetima određenim u tom Prilogu." (moje isticanje)

[31] Vidjeti točku 16. ovog mišljenja.

[32] U Komunikaciji Komisije od 24. srpnja 2019. pojašnjava se, među ostalim, sljedeće:
„EU bi u svojim gospodarskim odnosima trebao nastaviti težiti uravnoteženijim i *recipročnijim* uvjetima. Javna nabava, koja predstavlja oko 14 % bruto domaćeg proizvoda EU-a, važan je element u tome. […]
EU nastoji aktivno otvoriti mogućnosti javne nabave za europska poduzeća zagovaranjem otvaranja tržišta javne nabave trećih zemalja *na temelju reciprociteta*. U međunarodnim pregovorima EU je podupirao širu primjenu kriterija kvalitete, uključujući okolišne, socijalne, radne i inovacijske aspekte te ambiciozno otvaranje međunarodnih tržišta javne nabave." (moje isticanje)

nemaju prava predviđena navedenim direktivama. Stoga se ne mogu valjano pozivati na povredu načela jednakosti, nediskriminacije, pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja, koja su predviđena pravom Unije. Jedina mogućnost da se takav gospodarski subjekt može pozvati na takva prava koja proizlaze iz te direktive jest tvrditi da je javni naručitelj iz države članice počinio pogrešku smatrajući da ta treća država nije potpisnica jednog od sporazuma iz članka 25. te direktive ili da predmetni postupak javne nabave nije obuhvaćen relevantnim sporazumom, što u ovom predmetu očito nije slučaj. U svakom slučaju, nakon zaključka da Direktiva 2014/24 nije primjenjiva u ovom predmetu, nema potrebe odgovoriti na dva pitanja koja pretpostavljaju njezinu primjenu.

75. Naposljetku, radi cjelovitosti, valja napomenuti da bi se svaki zahtjev konzorcija prema ARF-u u pogledu, osobito, načela pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja, kao rezultat postupanja ARF-a, trebao temeljiti na nacionalnom pravu.

V. Zaključak

76. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputila Curtea de Apel Bucureşti (Žalbeni sud u Bukureštu, Rumunjska) odgovori na sljedeći način:

Članak 2. stavak 1. točku 10., članak 18. stavak 1., članak 25. i članak 49. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, kako je izmijenjena Delegiranom uredbom Komisije (EU) 2019/1828 od 30. listopada 2019.,

treba tumačiti na način da:

gospodarski subjekti iz trećih država koje nisu potpisnice sporazumâ iz članka 25. te direktive nemaju prava predviđena navedenom direktivom te se stoga ne mogu valjano pozivati na povredu načela jednakosti, nediskriminacije, pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja, koja su predviđena pravom Unije.