Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
GERARDA HOGANA
od 9. rujna 2021.[1]

Predmet C-497/20

Randstad Italia SpA
protiv
Umana SpA,
Azienda USL Valle d'Aosta,
IN. VA SpA,
Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud, Italija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava – Direktiva 89/665/EEZ – Članak 1. – Pravo na djelotvoran pravni lijek – Članak 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima – Obveza država članica da uspostave postupak pravne zaštite – Pristup postupcima pravne zaštite – Tužba za poništenje odluke o dodjeli ugovora o javnoj nabavi – Protutužba uspješnog ponuditelja – Sudska praksa ustavnog suda kojom se ograničavaju slučajevi u kojima je moguće podnijeti žalbu u kasacijskom postupku – Članak 267. UFEU-a"

I. Uvod

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku otvara važna i, u nekim pogledima, nova pitanja u pogledu toga je li država članica obvezna osigurati daljnje pravo na žalbu ako je sam žalbeni sud pogrešno protumačio ili primijenio pravo Unije. On otvara i pitanje koji su (eventualno) pravni lijekovi oštećeniku dostupni ako takvo pravo na žalbu ne postoji.

2. Konkretnije, ovaj se zahtjev odnosi na tumačenje članka 4. stavka 3. i članka 19. stavka 1. UEU-a te članka 2. stavaka 1. i 2. i članka 267. UFEU-a, u vezi s člankom 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja). On usto otvara pitanja o tome na koji način treba tumačiti članak 1. stavke 1. i 3. i članak 2. stavak 1. 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[2], kako je izmijenjena, među ostalim, Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007.[3]

1 Izvorni jezik: engleski

2 SL 1989., L 395, str. 33. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3. i ispravak SL 2016., L 63, str. 44.)

3 SL 2007., L 335, str. 31. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.)

3. Ovaj je zahtjev upućen u okviru postupka između društva Randstad Italia SpA (u daljnjem tekstu: Randstad), s jedne strane, i društva Umana SpA, Aziende USL (Unità Sanitaria Locale) Valle d'Aosta (Lokalna zdravstvena agencija regije Valle d'Aosta, Italija; u daljnjem tekstu: USL), društva IN. VA SpA i društva Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (u daljnjem tekstu: Synergie), s druge strane. Taj se postupak, s jedne strane, odnosi na isključenje društva Randstad iz postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi te, s druge strane, na regularnost tog postupka.

4. Shodno tomu, od Suda se još jednom traži da odluči, na zahtjev talijanskog suda, o opsegu obveze država članica, predviđene u članku 1. Direktive 89/665, da osiguraju učinkovito preispitivanje ugovora o javnoj nabavi kada, u okviru postupka za poništenje odluke o sklapanju ugovora o javnoj nabavi, uspješni ponuditelj podnese protutužbu protiv neuspješnog ponuditelja.

5. Međutim, ovaj je zahtjev upućen u specifičnom i osjetljivom kontekstu u kojem, s jedne strane, Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) prema svemu sudeći ima – ili je u svakom slučaju imao kada je predmetni spor pred njime pokrenut – određene poteškoće u primjeni relevantne sudske prakse Suda i u kojem, s druge strane, Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud, Italija) dvoji u pogledu opsega svoje nadležnosti za žalbe protiv presuda Consiglia di Stato (Državno vijeće), kako ju je nedavno pojasnio Corte costituzionale (Ustavni sud, Italija). Dakle, od Suda se ovim zahtjevom za prethodnu odluku prešutno zahtijeva da riješi nesuglasice između triju talijanskih vrhovnih sudova.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

6. Uvodne izjave 17., 34. i 36. Direktive 2007/66 predviđaju:

„(17) Postupak pravne zaštite treba biti dostupan bilo kojoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja.

[…]

(34) […] U skladu s načelom proporcionalnosti, utvrđenim u [članku 5. UEU-a], ova Direktiva ne prelazi ono što je potrebno za ostvarivanje tih ciljeva, uz istodobno poštivanje načela autonomnog postupanja svake države članice.

[…]

(36) U ovoj se Direktivi poštuju temeljna prava i načela priznata posebno u Povelji [Europske unije o temeljnim pravima]. Ovom se Direktivom nastoji osigurati puno poštivanje prava na [djelotvoran] pravni lijek i pošten[o suđenje] u skladu s prvim i drugim podstavcima članka 47. Povelje."

7. Članak 1. Direktive 89/665, naslovljen „Područje primjene i dostupnost postupaka pravne zaštite", u trenutačnoj verziji predviđa:

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na ugovore iz Direktive 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. te ispravci SL 2015., L 275, str. 68., SL 2016., L 311, str. 26. i SL 2020., L 406, str. 67.),], osim ako su takvi ugovori isključeni u skladu s člancima 7., 8., 9., 10., 12., 15., 16., 17. i 37. te direktive.

[…]

Države članice poduzimaju mjere neophodne kako bi osigurale da se, u pogledu ugovora obuhvaćenih područjem primjene Direktive [2014/24] ili Direktive 2014/23/EU [Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji (SL 2014., L 94, str. 1. te ispravci SL 2015., L 114, str. 24., SL 2018., L 82, str. 17. i SL 2018., L 181, str. 88.)], odluke javnih naručitelja mogu učinkovito razmatrati i, osobito, u najkraćem roku u skladu s uvjetima utvrđenima u člancima od 2. do 2.f ove direktive, iz razloga što su takve odluke dovele do povrede prava [Unije] u području javne nabave ili povrede nacionalnih pravila koja prenose to pravo.

[…]

3. Države članice osiguravaju da su, prema detaljnim pravilima koja mogu utvrditi države članice, postupci pravne zaštite dostupni barem svakoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja."

8. Članak 2. Direktive 89/665 naslovljen je „Zahtjevi za postupke pravne zaštite". Prva dva stavka tog članka propisuju:

„1. Države članice osiguravaju da mjere poduzete u vezi s postupcima pravne zaštite navedenim u članku 1. uključuju ovlasti da:

(a) se što je prije moguće putem privremenih postupaka odrede privremene mjere s ciljem ispravljanja navodnog kršenja ili sprečavanja daljnje štete pojedinim zainteresiranima, uključujući mjere obustave ili osiguranja obustave postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi ili provedbe bilo koje odluke koju je donio javni naručitelj;

(b) se ukinu ili se osigura ukidanje nezakonito donesenih odluka, uključujući uklanjanje diskriminirajućih tehničkih, ekonomskih ili financijskih specifikacija u pozivu na dostavu ponuda, dokumentaciji za nadmetanje ili bilo kojem drugom dokumentu vezanom uz postupak sklapanja ugovora;

(c) se osobama koje su pretrpjele štetu zbog kršenja dodijeli naknada štete.

2. Ovlasti navedene u stavku 1. i člancima 2.d i 2.e mogu se prenijeti na odvojena tijela nadležna za različite aspekte postupka pravne zaštite."

B. Talijansko pravo

9. Članak 111. osmi stavak talijanskog Ustava propisuje:

„Žalbe u kasacijskom postupku protiv odluka Consiglia di Stato i Cortea dei conti [Revizorski sud, Italija] mogu se podnijeti samo zbog razloga koji se odnose na nadležnost."

10. Članak 360. prvi stavak točka 1. Codicea di procedura civile (Zakonik o građanskom postupku) propisuje:

„Presude donesene u žalbenim postupcima ili jedinom stupnju sudovanja mogu se pobijati žalbom u kasacijskom postupku:

1) zbog razloga koji se odnose na nadležnost […]";

11. Članak 362. tog zakonika propisuje:

„Žalba u kasacijskom postupku […] protiv odluke posebnog suda donesene u žalbenom postupku ili jedinom stupnju sudovanja može se podnijeti zbog razloga koji se odnose na nadležnost tog suda […]

Žalba u kasacijskom postupku može se podnijeti bilo kada u slučaju:

1) pozitivnog ili negativnog sukoba nadležnosti između specijaliziranih sudova ili između njih i redovnih sudova;

2) negativnih sukoba dodjele između javne uprave i redovnog suda."

12. Članak 91. Codicea del processo amministrativo (Zakonik o upravnom postupku) propisuje:

„Presude [upravnih sudova] mogu se pobijati žalbom, zahtjevom za opoziv, prigovorom treće strane ili žalbom u kasacijskom postupku isključivo zbog razloga koji se odnose na nadležnost."

13. Članak 110. tog zakonika propisuje:

„Žalba u kasacijskom postupku protiv presude Consiglia di Stato [Državno vijeće] može se podnijeti isključivo zbog razloga koji se odnose na nadležnost."

III. Činjenično stanje glavnog postupka

14. USL je pokrenuo postupak javne nabave usluge privremenog ustupanja osoblja radi dodjele ugovora, vrijednog više od 12 000 000 eura, agenciji za zapošljavanje koja dostavi ekonomski najpovoljniju ponudu. Javni naručitelj je u dokumentaciji za nadmetanje propisao da tehničke ponude moraju doseći „minimalni prag" – utvrđen na 48 bodova – te da će sudionici koji budu ispod tog praga biti isključeni.

15. U postupku nadmetanja sudjelovalo je osam konkurentskih društava, uključujući društvo Randstad, privremeno udruženje poduzetnika koje su činila društva Synergie i Umana (u daljnjem tekstu: PUP), i društvo Gi Group Spa. Nakon što je ispitalo tehničke ponude, povjerenstvo za javnu nabavu ekonomski je ocijenilo samo ponude PUP-a i društva Gi Group, dok je ponudu društva Randstad isključilo jer nije prešla prag. Ugovor je u konačnici dodijeljen PUP-u 6. studenoga 2018.

16. Društvo Randstad pokrenulo je postupak pred Tribunaleom amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Okružni upravni sud za Valle d'Aostu, Italija), osporavajući svoje isključenje zbog neprelaženja praga i pobijajući dodjelu ugovora PUP-u. Kako bi ga se ponovno uključilo u postupak nadmetanja, društvo Randstad je tvrdilo da su mu bodovi nelogično dodijeljeni, da

kriteriji za procjenu ponuda nisu bili precizni, da ocjene koje su ponudama dodijeljene nisu obrazložene, da imenovanje i sastav povjerenstva za javnu nabavu nisu bili zakoniti te da poziv na nadmetanje nije bio podijeljen na grupe.

17. USL i PUP odgovorili su na tu tužbu ističući da tužbeni razlozi društva Randstad nisu dopušteni: navodili su da društvo Randstad nema aktivnu procesnu legitimaciju jer je, u svakom slučaju, isključeno iz postupka nadmetanja.

18. Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Okružni upravni sud za Valle d'Aostu) presudom objavljenom 15. ožujka 2019. odbio je taj prigovor nedopuštenosti smatrajući da je društvo Randstad, s obzirom na to da je ispunjavalo zahtjeve, legitimno sudjelovalo u postupku nadmetanja te da je iz tog postupka isključeno nakon što je njegova ponuda negativno ocijenjena, što znači da ima aktivnu procesnu legitimaciju za pobijanje ishoda postupka nadmetanja. Taj je sud potom ocijenio sve tužbene razloge te ih je meritorno odbio.

19. Društvo Randstad je protiv te presude Tribunalea amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Okružni upravni sud za Valle d'Aostu) podnijelo žalbu Consigliu di Stato (Državno vijeće), u kojoj je ponovilo argumente koje je iznijelo u prvostupanjskom postupku. Društva Synergie i Umana podnijela su protužalbu pobijajući presudu Tribunalea amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Okružni upravni sud za Valle d'Aostu) u dijelu u kojem su njome tužbeni zahtjevi društva Randstad proglašeni dopuštenima te su meritorno ispitani, s obzirom na to da su smatrala da je te tužbene zahtjeve podnijela osoba koja nema aktivnu procesnu legitimaciju jer je bila isključena iz postupka nadmetanja.

20. Consiglio di Stato (Državno vijeće) je presudom objavljenom 7. kolovoza 2019. odbio glavni žalbeni razlog, u okviru kojeg je društvo Randstad navodilo da mu nije dodijeljeno dovoljno bodova, te je prihvatio protužalbe. Konkretno, Consiglio di Stato (Državno vijeće) je djelomično izmijenio pobijanu presudu te je utvrdio da društvo Randstad nema aktivnu procesnu legitimaciju zato što je bilo isključeno iz postupka nadmetanja. Iz toga je slijedilo da Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Okružni upravni sud za Valle d'Aostu) nije smio razmatrati meritum drugih tužbenih zahtjeva.

21. Prema mišljenju Consiglia di Stato (Državno vijeće), društvo Randstad je isključenjem iz postupka nadmetanja izgubilo aktivnu procesnu legitimaciju, zadržavši samo faktični interes, koji imaju i svi drugi gospodarski subjekti u tom sektoru koji nisu sudjelovali u postupku nadmetanja. Consiglio di Stato (Državno vijeće) držao se svoje ranije sudske prakse, prema kojoj sudionik javne nabave koji je isključen iz postupka nadmetanja nema aktivnu procesnu legitimaciju za osporavanje dokumentacije za nadmetanje, osim ako ishodi odluku da je njegovo isključenje bilo nezakonito.

22. Društvo Randstad je protiv presude Consiglia di Stato (Državno vijeće) podnijelo žalbu u kasacijskom postupku sudu koji je uputio zahtjev. Društva Synergie i Umana te javni naručitelj podnijeli su odgovor na tu žalbu.

23. Društvo Randstad tvrdi da je Consiglio di Stato (Državno vijeće) povrijedio članak 362. prvi stavak talijanskog Zakonika o građanskom postupku i članak 110. talijanskog Zakonika o upravnom postupku utvrdivši da osoba koja je isključena iz postupka nadmetanja – odlukom čija zakonitost nije konačno utvrđena s obzirom na to da je predmet sudskog spora – nema pravni interes ni aktivnu procesnu legitimaciju za osporavanje postupka nadmetanja. Ono smatra da to

čini povredu načela djelotvorne sudske zaštite utvrđenog u Direktivi 89/665 i uskratu pristupa takvoj zaštiti, koja se u skladu s člankom 111. osmim stavkom talijanskog Ustava može pobijati žalbom u kasacijskom postupku zbog razloga koji se odnose na nadležnost.

24. Društvo Randstad se poziva na sudsku praksu Suda prema kojoj čak i puka vjerojatnost da ishod tužbe donese neku korist, kao što je ponavljanje postupka nadmetanja, može uspostaviti pravni interes za pokretanje postupka i pravo na sudsku zaštitu. Ono u tom smislu ističe presude od 4. srpnja 2013., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Druge stranke u kasacijskom postupku tvrde da žalba u kasacijskom postupku nije dopuštena. Navode da se predmetni žalbeni razlog odnosi na navodnu povredu propisa. Ta povreda nije „razlog koji se odnosi na nadležnost" te ju stoga nije moguće isticati pred Corteom suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) za potrebe pobijanja presude Consiglia di Stato (Državno vijeće).

26. Sud koji je uputio zahtjev navodi da bi žalba u kasacijskom postupku u smislu članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava u takvom slučaju trebala biti dostupna. Učinkovitost članka 267. UFEU-a bila bi dovedena u pitanje ako bi nacionalni sud bio spriječen neposredno primijeniti pravo Unije u skladu sa sudskom praksom Suda. Žalba u kasacijskom postupku je u predmetu poput ovog posljednje sredstvo kojim se može spriječiti pravomoćnost presude Consiglia di Stato (Državno vijeće) koja se (kako je navedeno) protivi pravu Unije.

27. Međutim, iz presude Cortea costituzionale (Ustavni sud) br. 6 od 18. siječnja 2018.[4], koja se odnosi na članak 111. osmi stavak talijanskog Ustava (u daljnjem tekstu: presuda br. 6/2018), proizlazi da, u trenutačnom stanju talijanskog ustavnog prava kako je protumačeno u toj presudi, povredu prava Unije nije moguće smatrati razlogom koji se odnosi na nadležnost. U skladu s tom presudom „‚prekoračenje sudske nadležnosti', koje se može osporavati podnošenjem žalbe Corteu suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) zbog razloga koji se odnose na nadležnost [u smislu članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava], kako se ustaljeno tumači […], odnosi se isključivo na dvije vrste situacija: situacije u kojima je riječ o apsolutnoj nenadležnosti, to jest one u kojima se Consiglio di Stato (Državno vijeće) ili Corte dei Conti (Revizorski sud) proglašavaju nadležnima za područje koje je u isključivoj nadležnosti zakonodavca ili uprave (takozvano upadanje ili zadiranje) ili se pak proglašavaju nenadležnima na temelju pogrešne pretpostavke da dotičan predmet u apsolutnom smislu ne može biti predmet njihova sudskog nadzora (takozvano suzdržavanje) i situacije [koje karakterizira relativna] nenadležnost, kada se upravni sud ili Revizorski sud proglašavaju nadležnima za neki predmet koji je dodijeljen nekom drugom sudu ili se pak proglašavaju nenadležnima pogrešno smatrajući da su nadležni drugi sudovi"[5].

28. Sud koji je uputio zahtjev zaključuje da, ako bi postupio u skladu s tom presudom Cortea Costituzionale (Ustavni sud), žalbu u kasacijskom postupku društva Randstad trebao bi proglasiti nedopuštenom. S obzirom na to, on pita povrđuje li presuda br. 6/2018, koja u upravnim stvarima nadležnost Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) u smislu članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava ograničava na predmete u kojima se navodi da je Consiglio di Stato (Državno vijeće) zanemario „vanjske granice" svoje nadležnosti, pravo Unije.

[4] Presuda od 18. siječnja 2018., br. 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6)

[5] Točka 15. presude br. 6/2018 (u engleskom prijevodu dostupnom na internetskoj stranici Cortea costituzionale (Ustavni sud)). https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206 %20del%202018 %20red.% 20Coraggio%20EN.pdf

29. Sud koji je uputio zahtjev u tom pogledu smatra da Consiglio di Stato (Državno vijeće), kada pogrešno protumači ili pogrešno primijeni nacionalne pravne odredbe, na način koji nije u skladu s odredbama prava Unije kako ih Sud tumači, izvršava sudsku ovlast koju nema. On zapravo izvršava ovlast stvaranja zakona koja nije dodijeljena ni nacionalnom zakonodavcu. Riječ je o nenadležnosti na koju bi se trebalo moći žaliti pred Corteom suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud). U tom pogledu nije relevantno je li presuda Suda iz koje proizlazi neusklađenost načina na koji je nacionalni sud primijenio ili protumačio nacionalno pravo s pravom Unije donesena prije ili nakon te primjene ili tumačenja.

30. Sud koji je uputio zahtjev ističe da je, prije presude br. 6/2018, ustaljena sudska praksa njegove opće sjednice bila da, u slučaju žalbe protiv presude Consiglia di Stato (Državno vijeće), preispitivanje vanjskih granica „nadležnosti" u smislu članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava ne obuhvaća preispitivanje odabira prilikom tumačenja upravnog suda koji bi mogli sadržavati jednostavne pogreške „*in iudicando*" (u pogledu merituma) ili „*in procedendo*" (u pogledu postupka), osim ako je došlo do bitnog iskrivljenja primjenjivih pravila koje može činiti uskratu sudske zaštite, kao što je pogreška *in procedendo* u obliku primjene domaćeg postupovnog pravila koje dotičnoj stranci uskraćuje pristup sudskoj zaštiti koju pružaju izravno primjenjive odredbe prava Unije.

31. Takva bi sudska praksa bila u skladu s načelima ekvivalentnosti i djelotvornosti, kojima, u skladu sa sudskom praksom Suda, podliježe ostvarivanje postupovne autonomije država članica. Nasuprot tomu, presuda br. 6/2018 i sudska praksa koja je iz nje proizašla nisu u skladu s tim načelima.

32. Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) ovim zahtjevom za prethodnu odluku usto želi doznati je li pristup koji je Consiglio di Stato (Državno vijeće) upotrijebio u pobijanoj presudi u skladu s presudama od 4. srpnja 2013., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Taj aspekt spora otvara dva zasebna pitanja.

33. Kao prvo, sud koji je uputio zahtjev pita se je li dosadašnja sudska praksa Suda u pogledu prava ponuditelja isključenih iz postupaka javne nabave na pravnu zaštitu primjenjiva na slučaj poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku. Kao drugo, budući da Consiglio di Stato (Državno vijeće) nije upitao Sud jesu li zaključci koji se mogu izvesti iz presuda navedenih u prethodnoj točki ovog mišljenja primjenjivi na slučaj poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku, ne pruživši za to obrazloženje, sud koji je uputio zahtjev smatra važnim Sudu sâm postaviti to pitanje.

IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

34. S obzirom na te okolnosti, Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) je odlukom od 7. srpnja 2020., koju je Sud zaprimio 30. rujna 2020., odlučio prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se članku 4. stavku 3. i članku 19. stavku 1. UEU-a te članku 2. stavcima 1. i 2. i članku 267. UFEU-a, također s obzirom na članak 47. Povelje, praksa tumačenja kao što je ona koja se odnosi na članak 111. osmi stavak Ustava, članak 360. prvi stavak točku 1. i članak 362. prvi stavak Zakonika o građanskom postupku te članak 110. Zakonika o upravnom postupku – u dijelu u kojem se tim odredbama dopušta podnošenje žalbe u kasacijskom postupku protiv presuda Consiglia di Stato (Državno vijeće) zbog „razloga koji se

odnose na nadležnost" – te koja proizlazi iz presude Cortea costituzionale (Ustavni sud) br. 6 iz 2018. i naknadne nacionalne sudske prakse, a kojom se, izmjenom prethodne prakse, s gledišta takozvane ‚nenadležnosti' smatralo da se žalba u kasacijskom postupku ne može koristiti za pobijanje presuda Consiglia di Stato (Državno vijeće) kojima se primjenjuje praksa tumačenja usvojena na nacionalnoj razini koja nije u skladu s presudama Suda, u područjima koja se uređuju pravom Europske unije (u ovom slučaju, u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi) u kojima su se države članice odrekle izvršavanja suverenih ovlasti na način koji nije u skladu s tim pravom te koji dovodi do ustaljivanja povreda prava Zajednice koje bi se mogle ispraviti korištenjem navedenog pravnog sredstva i do narušavanja jedinstvene primjene prava Unije i djelotvornosti sudske zaštite subjektivnih pravnih situacija koje su relevantne na razini Zajednice, što je u suprotnosti sa zahtjevom da svaki sud mora potpuno i brižljivo primijeniti to pravo na način koji je obvezno u skladu s pravilnim tumačenjem koje je dao Sud Europske unije, pri čemu se u obzir uzimaju ograničenja ‚postupovne autonomije' koju države članice imaju prilikom oblikovanja svojih postupovnih instituta?

2. Protivi li se članku 4. stavku 3. i članku 19. stavku 1. UEU-a te članku 267. UFEU-a, također s obzirom na članak 47. Povelje, način tumačenja i primjene članka 111. osmog stavka Ustava, članka 360. prvog stavka točke 1. i članka 362. prvog stavka Zakonika o građanskom postupku te članka 110. Zakonika o upravnom postupku, korišten u nacionalnoj sudskoj praksi, prema kojem se, s gledišta takozvane ‚nenadležnosti', protiv presuda u kojima Consiglio di Stato (Državno vijeće), odlučujući o sporovima o primjeni prava Unije, bez obrazloženja propusti podnijeti zahtjev za prethodnu odluku Sudu, iako nisu ispunjeni uvjeti u kojima se nacionalni sud oslobađa navedene obveze, a koje je Sud taksativno naveo (u presudi od 6. listopada 1982., Cilfit i dr., 283/81 [EU:C:1982:335]) te koje treba usko tumačiti, općoj sjednici Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) ne može podnijeti žalba u kasacijskom postupku koja se koristi zbog ‚razloga koji se odnose na nadležnost', što je protivno načelu prema kojem nisu u skladu s pravom Unije zakonodavstva ili nacionalne postupovne prakse kojima se, iako je njihov izvor zakon ili ustav, predviđa makar privremeno ograničavanje slobode nacionalnog suda (koji može, ali i ne mora, biti sud koji odlučuje u posljednjem stupnju) da uputi zahtjev za prethodnu odluku, čime se zadire u isključivu nadležnost Suda u pogledu pravilnog i obvezujućeg tumačenja prava Zajednice, eventualna suprotnost u tumačenju između prava koje primjenjuje nacionalni sud i prava Unije postaje nepovratna (i potiče se njezino ustaljivanje) te se negativno utječe na ujednačenu primjenu i djelotvornost sudske zaštite u subjektivnim pravnim situacijama koje proizlaze iz prava Unije?

3. Mogu li se načela koja je Sud utvrdio u presudama od 5. rujna 2019., Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675], od 5. travnja 2016., PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199] i od 4. srpnja 2013., Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], u vezi s člankom 1. stavcima 1. i 3. i člankom 2. stavkom 1. [Direktive 89/665], kako je izmijenjena Direktivom [2007/66], primijeniti u slučaju koji je predmet glavnog postupka u kojem Consiglio di Stato (Državno vijeće), nakon što je poduzetnik osporavao svoje isključenje iz postupka javne nabave i dodjelu ugovora drugom poduzetniku, meritorno ispituje samo žalbeni razlog kojim je isključeni poduzetnik osporavao broj bodova koji je dodijeljen njegovoj tehničkoj ponudi, a koji nije bio dovoljan za prelazak ‚minimalnog praga', te najprije ispituje, i prihvaća, protužalbe koje su podnijeli javni naručitelj i uspješni ponuditelj, a druge žalbene razloge (koje ne ispituje meritorno) kojima se osporava ishod postupka javne nabave zbog drugih razloga (zbog neodređenosti kriterija ocjenjivanja ponuda u dokumentaciji o javnoj nabavi, nedostatka obrazloženja u pogledu dodijeljenih ocjena i nezakonitog imenovanja i sastava povjerenstva za javnu nabavu) proglašava nedopuštenima na temelju primjene nacionalne sudske prakse u skladu s kojom poduzetnik koji je isključen iz postupka javne nabave nema aktivnu procesnu legitimaciju za

podnošenje prigovora kojim se osporava dodjela ugovora konkurentskom poduzetniku, čak ni poništenjem postupka javne nabave, pri čemu treba ispitati je li u skladu s pravom Unije onemogućavanje da poduzetnik ostvari pravo da sudu podnese na ispitivanje svaki razlog kojim se osporava ishod postupka javne nabave u slučaju u kojem njegovo isključenje nije bilo konačno utvrđeno i u kojem svaki sudionik može imati jednak legitimni interes za isključenje ponude drugih ponuditelja, što može dovesti do utvrđivanja nemogućnosti da javni naručitelj nastavi s odabirom pravilne ponude i dovesti do pokretanja novog postupka sklapanja ugovora u kojem mogu sudjelovati svi ponuditelji?"

35. Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) u svojoj je odluci kojom je uputio zahtjev zatražio da se prethodna odluka donese u ubrzanom postupku u skladu s člankom 105. Poslovnika Suda.

36. Sud koji je uputio zahtjev u prilog primjeni ubrzanog postupka ističe, u bitnome, da postoje valjani razlozi za brzo rješavanje pitanjâ od ustavne važnosti. Broj žalbi protiv presuda Consiglia di Stato (Državno vijeće) u predmetima povezanima s pravom Unije koje Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) trenutačno razmatra pokazuje da postoje velike nedoumice u pogledu opsega sudske zaštite prava koja proizlaze iz prava Unije. One se moraju ukloniti, osobito u važnom sektoru kao što je javna nabava, kako bi se, među ostalim, izbjeglo ustaljivanje nacionalne sudske prakse sudova posljednjeg stupnja koja bi se mogla primjenjivati i u brojnim drugim odlukama.

37. Predsjednik Suda je 21. listopada 2020., nakon što je saslušao suca izvjestitelja i nezavisnog odvjetnika, odbio zahtjev za primjenu ubrzanog postupka. On je istog dana ovom predmetu dao prednost pri odlučivanju u skladu s člankom 53. stavkom 3. Poslovnika Suda.

38. Pisana očitovanja podnijeli su društvo Randstad, društvo Umana, USL, društvo Synergie, talijanska vlada i Komisija. Osim toga, društvo Randstad, društvo Umana, talijanska vlada i Komisija iznijeli su usmena očitovanja na raspravi održanoj 6. srpnja 2021.

V. Uvodne napomene o kontekstu

39. Kao što je to spomenuto u uvodu ovog mišljenja, ovaj se predmet ponajprije odnosi na opseg obveze država članica, predviđene u članku 1. Direktive 89/665, da osiguraju učinkovito preispitivanje ugovora o javnoj nabavi u specifičnim slučajevima u kojima uspješni ponuditelj podnese protutužbu. Osim toga, prethodna pitanja dio su šire rasprave između triju talijanskih vrhovnih sudova. S obzirom na to, prije konkretnijeg razmatranja pitanja koja je postavio Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud), čini se korisnim analizu započeti izlaganjem ne samo sudske prakse Suda koja se odnosi na ovu temu nego i talijanskog postupovnog konteksta.

A. Pregled sudske prakse Suda u pogledu Direktive 89/665 kada uspješni ponuditelj podnese protutužbu

40. Pitanje kako na temelju Direktive 89/665 tretirati situaciju u kojoj je protiv ponuditelja podnesena tužba radi njegova isključenja te je na nju odgovoreno protutužbom nije novo. Mislim da se opravdano može reći da je Sud, povodom niza zahtjeva za prethodnu odluku, jasno riješio pitanje aktivne procesne legitimacije u vezi s postupcima javne nabave.

41. Kao prvo, iz članka 1. stavka 1. trećeg podstavka i članka 1. stavka 3. Direktive 89/665 proizlazi da, kako bi se postupci pravne zaštite pokrenuti protiv odluka javnog naručitelja mogli smatrati djelotvornima, moraju biti dostupni barem svakoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja [6].

42. Prema tome, kada nakon postupka javne nabave dva ponuditelja podnesu tužbe radi međusobnog isključenja, obojica imaju interes dobiti određeni ugovor, u smislu odredaba navedenih u prethodnoj točki. S jedne strane, naime, isključenje ponuditelja može dovesti do toga da drugi dobije ugovor neposredno u okviru istog postupka. S druge strane, u slučaju isključenja svih ponuditelja i pokretanja novog postupka javne nabave, svaki od tih ponuditelja moći će sudjelovati u tom postupku te stoga posredno dobiti ugovor [7].

43. Iz toga slijedi da protutužba uspješnog ponuditelja ne može dovesti do odbacivanja tužbe neuspješnog ponuditelja ako se valjanost ponude svakog gospodarskog subjekta osporava u okviru istog postupka jer u takvoj situaciji svaki sudionik može isticati legitimni interes za isključivanje drugih ponuda, što može dovesti do utvrđivanja nemogućnosti javnog naručitelja da odabere valjanu ponudu [8].

44. Kao drugo, Sud je također istaknuo da broj sudionika u odnosnom postupku javne nabave, kao ni broj sudionika koji su podnijeli pravno sredstvo te različitost istaknutih pravnih razloga, nisu važni za primjenu načela prema kojem se interesi koji se štite u okviru tužbi za međusobno isključenje u načelu smatraju jednakovrijednima [9].

45. To znači da se to načelo primjenjuje i kada su drugi ponuditelji podnijeli ponude u okviru postupka javne nabave, a tužbe za međusobno isključenje ne odnose se na takve ponude koje su slabije rangirane od ponuda koje su predmet navedenih tužbi za isključenje [10]. U tom kontekstu, ako se tužba neuspješnog ponuditelja proglasi osnovanom, javni naručitelj mogao bi donijeti odluku o poništenju postupka i otvaranju novog postupka javne nabave, zato što preostale ispravne ponude ne zadovoljavaju u dovoljnoj mjeri očekivanja javnog naručitelja [11].

46. Kao treće, Sud je u tom pogledu naveo da, u tim okolnostima, dopuštenost glavne tužbe ne može biti uvjetovana, a da se pritom ne povrijedi koristan učinak Direktive 89/665, prethodnim utvrđenjem da su neispravne i sve ponude koje su slabije rangirane od one koju je podnio ponuditelj koji je podnio navedenu tužbu [12].

6 Vidjeti, u tom pogledu, presude od 4. srpnja 2013., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 25.); od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 23.) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 22.).

7 Vidjeti, u tom pogledu, presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 27.) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 23.).

8 Vidjeti, u tom pogledu, presude od 4. srpnja 2013., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, t. 33.); od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 24.) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 24.).

9 Vidjeti, u tom pogledu, presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 29.) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 30.).

10 Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 26.).

11 Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 28.).

12 Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 29.).

47. Važnost toga je da sve stranke postupka imaju legitimni interes za isključenje ponuda drugih natjecatelja. To je zato što nepravilnost koja opravdava isključenje ponude uspješnog ponuditelja i ponude ponuditelja koji pobija odluku javnog naručitelja može obilježavati i druge ponude dostavljene u postupku nadmetanja, što može tog javnog naručitelja prisiliti na pokretanje novog postupka [13].

48. Iz te sudske prakse Suda proizlazi da dopuštenost glavne tužbe ne može biti uvjetovana time da ponuditelj dostavi dokaz o tome da će javni naručitelj morati ponoviti postupak javne nabave. Postojanje takve mogućnosti treba smatrati dovoljnim u tom pogledu [14].

49. Drugim riječima, ponuditelj isključen iz postupka javne nabave mora imati pravo zahtijevati preispitivanje odluke kojom je isključen iz tog postupka kao i preispitivanje drugih odluka javnog naručitelja, pod uvjetom da to preispitivanje može, barem *teoretski*, dovesti bilo do toga da se njemu dodijeli ugovor ili do pokretanja novog postupka nabave [15].

50. Stoga, ako smijem prejudicirati odgovor na treće pitanje, smatram da je odlukom Consiglia di Stato (Državno vijeće) u ovom predmetu, u dijelu u kojem se protivi izloženim utvrđenjima, objektivno govoreći [16], pogrešno primijenjena postojeća sudska praksa Suda u pogledu aktivne procesne legitimacije u stvarima koje se tiču javne nabave. Ta pravila o aktivnoj procesnoj legitimaciji – koja su nužno široka i liberalna – služe važnom cilju javne politike da se poduzetnicima koji navode da su nepropisno ili nepošteno isključeni iz postupka javne nabave osigura mogućnost pobijanja tog isključenja. Pravilima o javnoj nabavi nastoji se osigurati pravično trošenje javnog novca i dodjeljivanje ugovora o javnoj nabavi na temelju objektivno opravdanih kriterija. Stoga, pogrešna primjena tih pravila o aktivnoj procesnoj legitimaciji nije tek tehnički propust ili pogreška nacionalnog suda, već može utjecati – ponekad dalekosežno – na djelotvornost pa čak i na integritet čitavog postupka javne nabave.

51. Točno je da je presuda Lombardi (kojoj je povod također bio zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće)) donesena u rujnu 2019., približno mjesec dana nakon presude Consiglia di Stato (Državno vijeće) o kojoj je riječ u ovom predmetu. Međutim, u sudskoj praksi Suda su, u predmetima kao što su Fastweb i PFE, već dane jasne smjernice o tom općem pitanju aktivne procesne legitimacije u kontekstu javne nabave. U svakom slučaju, čak i ako su među pojedinim vijećima Consiglia di Stato (Državno vijeće) postojale stvarne dvojbe u pogledu toga kako treba tumačiti tu raniju sudsku praksu, kao što je to pravilno utvrđeno u presudi Lombardi [17], taj je sud, kao sud posljednjeg stupnja, bio obvezan sam podnijeti zahtjev za prethodnu odluku u skladu s člankom 267. trećim stavkom UFEU-a.

B. Javna nabava i postupci pravne zaštite u Italiji

52. Na veoma shematski način, za postupke pravne zaštite u Italiji u području javne nabave nadležni su upravni sudovi. Postoje dvije razine nadležnosti: tribunali amministrativi regionali (okružni upravni sudovi) razmatraju sporove u prvom stupnju, a Consigliu di Stato (Državno vijeće) može se podnijeti žalba.

[13] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 28.) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 27.).

[14] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 29.).

[15] Vidjeti, u tom pogledu, Ginter, C., Väljaots, T., „Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, str. 301. do 306., osobito str. 303.

[16] Vidjeti, u tom pogledu, napomenu u točki 78. ovog mišljenja.

[17] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 13. do 19.).

53. Osim tog „klasičnog” ustroja, članak 111. osmi stavak talijanskog Ustava predviđa mogućnost podnošenja žalbi u kasacijskom postupku protiv odluka Consiglia di Stato (Državno vijeće), ali samo zbog razloga koji se odnose na nadležnost.

54. Corte costituzionale (Ustavni sud) je u presudi br. 6/2018 nedavno precizirao opseg tih posebnih žalbi pred Corteom suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud). Kako je ranije objašnjeno, prema toj presudi, „prekoračenje sudske nadležnosti” odnosi se isključivo na dvije vrste situacija: situacije u kojima je riječ o apsolutnoj nenadležnosti, to jest one u kojima se Consiglio di Stato (Državno vijeće) proglašava nadležnim za područje koje je u isključivoj nadležnosti zakonodavca ili uprave (takozvano upadanje ili zadiranje) ili se pak proglašava nenadležnim na temelju pogrešne pretpostavke da dotična problematika u apsolutnom smislu ne može biti predmet njegova sudskog nadzora (takozvano suzdržavanje) i situacije koje karakterizira relativna nadležnosti, kada se upravni sud proglašava nadležnim za neki predmet koji je dodijeljen nekom drugom sudu ili se pak proglašavaju nenadležnima pogrešno smatrajući da su nadležni drugi sudovi [18].

55. Corte costituzionale (Ustavni sud) je u navedenoj presudi dao dva dodatna pojašnjenja. S jedne strane, intervencija Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud), u kontekstu nadzora nadležnosti koji provodi, „ne može se opravdati čak ni povredom [prava Unije]” [19]. S druge strane, usto „nije dopušteno [tim postupovnim kanalom] pobijati presude u kojima je upravni sud […] postupovno ili materijalno pravilo protumačio na način koji onemogućuje cjelovito meritorno ispitivanje predmeta” [20].

VI. Analiza

A. Prvo pitanje

56. Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) svojim prvim pitanjem u biti pita protivi li se članku 4. stavku 3. i članku 19. stavku 1. UEU-a te članku 2. stavcima 1. i 2. i članku 267. UFEU-a, u vezi s člankom 47. Povelje, pravilo poput članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava, kako je protumačen u presudi br. 6/2018, prema kojem se žalbom u kasacijskom postupku koja se podnosi zbog razloga koji se odnose na nadležnost ne mogu pobijati presude u kojima je sud drugog stupnja u sektorima koji su uređeni pravom Unije primijenio prakse tumačenja usvojene na nacionalnoj razini, a koje nisu u skladu s presudama Suda.

1. Odredbe relevantne za odgovor na prvo pitanje

57. U skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, u okviru postupka suradnje između nacionalnih sudova i Suda, uspostavljenog u članku 267. UFEU-a, na Sudu je da nacionalnom sudu pruži koristan odgovor koji će mu omogućiti da riješi spor koji se pred njim vodi. U tom smislu, Sud će, prema potrebi, preoblikovati pitanja koja su mu postavljena. Naime, zadaća je

[18] Vidjeti, u tom pogledu, točku 15. presude br. 6/2018 (englesku verziju). Vidjeti adresu internetske stranice navedenu u bilješci 5 ovog mišljenja.

[19] Točka 14.1. presude br. 6/2018 (engleska verzija). Vidjeti adresu internetske stranice navedenu u bilješci 5 ovog mišljenja.

[20] Točka 17. presude br. 6/2018 (engleska verzija). Vidjeti adresu internetske stranice navedenu u bilješci 5 ovog mišljenja.

Suda tumačiti sve odredbe prava Unije koje su nacionalnim sudovima potrebne radi rješavanja predmeta o kojima odlučuju, čak i ako ti sudovi u svojim pitanjima Sudu nisu izričito naveli te odredbe [21].

58. Posljedično, iako je sud koji je uputio zahtjev formalno ograničio svoje prvo pitanje na tumačenje članka 4. stavka 3. i članka 19. stavka 1. UEU-a te članka 2. stavaka 1. i 2. i članka 267. UFEU-a, u vezi s člankom 47. Povelje, ta okolnost ne sprječava Sud da mu pruži sve elemente tumačenja prava Unije koji mogu biti korisni za rješavanje predmeta koji se pred njim vodi, bez obzira na to je li se taj sud u tekstu svojih pitanja na njih pozvao. U tom pogledu je na Sudu da iz svih elemenata koje mu je dostavio nacionalni sud, posebno iz obrazloženja odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, izdvoji elemente tog prava koji zahtijevaju tumačenje, uzimajući u obzir predmet glavnog postupka [22].

59. U tom se pogledu čini, s obzirom na informacije sadržane u zahtjevu za prethodnu odluku, da tumačenje članka 2. stavaka 1. i 2. i članka 267. UFEU-a nije potrebno za pružanje korisnog odgovora na prvo prethodno pitanje jer se ti stavci odnose na pravila o isključivoj odnosno podijeljenoj nadležnosti Unije odnosno na mehanizam prethodnog odlučivanja. S druge strane, valja podsjetiti na to da, kao što to proizlazi iz njezine uvodne izjave 36., Direktiva 2007/66, i stoga Direktiva 89/665 koja je njome izmijenjena i dopunjena, nastoji osigurati puno poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje, u skladu s člankom 47. prvim i drugim stavkom Povelje [23].

60. Slično tomu, u dijelu u kojem se primjenjuje na države članice, članak 47. Povelje odražava drugi podstavak članka 19. stavka 1. UEU-a te konkretizira načelo lojalne suradnje iz članka 4. stavka 3. UEU-a [24]. Stoga je jasno, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, kao prvo, da je „na sudovima država članica da, u skladu s načelom lojalne suradnje, koje je predviđeno člankom 4. stavkom 3. UEU-a, osiguraju sudsku zaštitu prava koja pojedinci imaju na temelju prava Unije [i, kao drugo, da č]lanak 19. stavak 1. UEU-a […] državama članicama nalaže da osiguraju pravne lijekove dostatne za osiguranje djelotvorne sudske zaštite[, *osobito u smislu članka 47. Povelje*], u područjima obuhvaćenima pravom Unije" [25]. Osim toga, Sud je već istaknuo da obveza država članica predviđena u članku 19. stavku 1. UEU-a „*odgovara* pravu utvrđenom u članku 47. Povelje" [26].

61. U tom kontekstu, s obzirom na to da je nesporno da u Italiji postoji postupak pravne zaštite pred neovisnim sudovima te da tema rasprave nije uspostavljanje pravnog lijeka nego način na koji nadležni sudovi primjenjuju taj pravni lijek, ni članak 4. stavak 3. ni članak 19. stavak 1. UEU-a ne čine se korisnima.

62. Shodno tomu, kao što je to navela Komisija [27], smatram da prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev treba shvatiti na način da se njime pita treba li članak 1. stavke 1. i 3. Direktive 89/665, u vezi s člankom 47. Povelje, tumačiti na način da mu se protivi pravilo poput članka 111. osmog

[21] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 2. travnja 2020., Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, t. 43.).

[22] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 19. studenoga 2020., 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, t. 34.) i od 22. travnja 2021., PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, t. 50.).

[23] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 45.).

[24] Mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u spojenim predmetima Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:307, bilješka 32)

[25] Presuda od 14. lipnja 2017., Online Games i dr. (C-685/15, EU:C:2017:452, t. 54., moje isticanje). Vidjeti također presudu od 2. ožujka 2021., A. B. i dr. (Imenovanje sudaca Vrhovnog suda – pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, t. 143.).

[26] Presuda od 27. rujna 2017., Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, t. 58.). Moje isticanje. Vidjeti također, u tom pogledu, presudu od 16. svibnja 2017., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, t. 44.).

[27] Točke 35. i 39. Komisijinih pisanih očitovanja

stavka talijanskog Ustava, kako je protumačen u presudi br. 6/2018, prema kojem se žalbom u kasacijskom postupku koja se podnosi zbog razloga koji se odnose na nadležnost ne mogu pobijati presude u kojima je sud drugog stupnja u sektorima koji su uređeni pravom Unije primijenio prakse tumačenja usvojene na nacionalnoj razini, a koje nisu u skladu s presudama Suda.

2. Analitički okvir: postupovna autonomija u okviru članka 47. Povelje

63. Obveza država članica da uspostave postupak pravne zaštite u području javne nabave predviđena je u članku 1. stavku 1. Direktive 89/665. Prema trećem podstavku te odredbe, države članice poduzimaju mjere neophodne kako bi osigurale da se, u pogledu ugovora obuhvaćenih područjem primjene Direktive 2014/24/EU ili Direktive 2014/23/EU, odluke javnih naručitelja mogu učinkovito razmatrati i, osobito, u najkraćem roku, zato što su takve odluke dovele do povrede prava Unije u području javne nabave ili povrede nacionalnih pravila koja prenose to pravo.

64. Člankom 1. stavkom 3. Direktive 89/665 u tom je pogledu predviđeno samo da države članice moraju osigurati da su, prema detaljnim pravilima koja one mogu utvrditi, postupci pravne zaštite dostupni barem svakoj osobi koja ima ili je imala interes za dobivanje određenog ugovora i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu zbog navodnog kršenja.

65. Drugim riječima, Direktiva 89/665 ne sadržava odredbe koje posebno uređuju uvjete pod kojima se ta pravna sredstva mogu podnositi. Ta direktiva predviđa samo odredbe kojima se utvrđuju minimalni uvjeti koji se moraju ispuniti u okviru postupaka pravne zaštite u nacionalnim pravnim porecima kako bi se osiguralo poštovanje pravila prava Unije u području javne nabave [28]. U svakom slučaju, valja priznati da Direktiva 89/665 ne sadržava niti jednu posebnu odredbu o žalbenim postupcima koji se mogu ili moraju ustrojiti.

66. Međutim, Sud je u pogledu slučajeva u kojima nema odgovarajućih pravila Unije više puta utvrdio da je na svakoj državi članici da uredi pravila upravnog i sudskog postupka koja trebaju osigurati zaštitu prava koja pojedinci uživaju na temelju prava Unije [29]. To poštovanje postupovne autonomije država članica izričito se spominje u uvodnoj izjavi 34. Direktive 2007/66 te se odražava u članku 1. stavku 3. Direktive 89/665.

67. Slijedom toga, kao što je Sud to ranije naveo, države članice pri utvrđivanju postupovnih pravila za pravna sredstva čiji je cilj osigurati zaštitu prava koja Direktiva 89/665 dodjeljuje natjecateljima i ponuditeljima oštećenima odlukama javnih naručitelja moraju osigurati poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje sadržanog u članku 47. Povelje [30].

68. Drugim riječima, države članice prilikom provedbe Direktive 89/665 zadržavaju, u skladu sa svojom postupovnom autonomijom, mogućnost donošenja pravila koja se mogu razlikovati među državama članicama. Međutim, one moraju osigurati da se tim pravilima ne ometa ispunjenje zahtjeva koji proizlaze iz te direktive, posebice u pogledu sudske zaštite zajamčene

[28] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 29. srpnja 2019., Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, t. 52.).

[29] Vidjeti, primjerice, u pogledu Direktive 89/665, presudu od 12. ožujka 2015., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 39.).

[30] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 46.).

člankom 47. Povelje na kojemu se ona temelji [31]. To znači da se obilježja pravnog sredstva poput onog iz članka 1. stavka 1. Direktive 89/665 moraju utvrditi u skladu s člankom 47. Povelje, a ne s obzirom na načela ekvivalentnosti i djelotvornosti, jer se njima samo „izražava opća obveza država članica da osiguraju pravnu zaštitu prava koja pravni subjekti ostvaruju na temelju prava Unije" [32], koja je sada predviđena člankom 19. stavkom 1. UEU-a i člankom 47. Povelje [33].

69. Stoga, ograničenje prava na djelotvoran pravni lijek pred sudom u smislu članka 47. Povelje može se opravdati, u skladu s člankom 52. stavkom 1. Povelje, samo ako je predviđeno zakonom, ako poštuje bit toga prava te ako je, podložno načelu proporcionalnosti, nužno i zaista odgovara ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba [34].

3. Primjena načelâ na ovaj predmet

70. Pravilo o kojem je riječ u ovom predmetu odnosi se na ograničenje prava na podnošenje žalbe u kasacijskom postupku na razloge koji se odnose na nadležnost. Međutim, iz ustaljene sudske prakse Suda proizlazi da članak 47. Povelje ne zahtijeva postojanje dvostupanjskog sustava sudovanja [35]. Naime, prema toj odredbi, načelo djelotvorne sudske zaštite ne osigurava pristup drugom stupnju sudovanja, nego samo sudu [36].

71. S obzirom na te okolnosti, činjenicu da je žalba u kasacijskom postupku koju može podnijeti neuspješni ponuditelj ograničena, kao treći stupanj sudovanja, na pitanja koja se odnose na nadležnost nipošto nije moguće, samu po sebi, smatrati protivnom pravu Unije, čak i ako onemogućuje pobijanje presude u kojoj je drugostupanjski sud primijenio tumačenje prava koje se, objektivno govoreći, protivi pravu Unije.

72. Naime, pravo Unije u načelu se ne protivi tomu da države članice u skladu s načelom postupovne autonomije ograniče ili uvjetuju razloge koji se mogu isticati u žalbi u kasacijskom postupku, pod uvjetom da se poštuju jamstva iz članka 47. Povelje [37]. Međutim, ako nacionalna postupovna pravila osiguravaju poštovanje prava na meritorno ispitivanje ponuditeljeva prigovora pred prvostupanjskim sudom i, prema potrebi, u žalbenom postupku [38], sporno postupovno pravilno vjerojatno ne dovodi u pitanje djelotvornost Direktive 89/665 ili zahtjevâ iz članka 47. Povelje.

[31] Vidjeti, u tom pogledu, u kontekstu Okvirne odluke Vijeća 2002/584/PUP od 13. lipnja 2002. o Europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (SL 2002., L 190, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 83. i ispravak SL 2013., L 222, str. 14.), kako je izmijenjena Okvirnom odlukom Vijeća 2009/299/PUP od 26. veljače 2009. (SL 2009., L 81, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 16., str. 169.), presudu od 10. ožujka 2021., PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, t. 58.).

[32] Presuda od 15. travnja 2008., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, t. 47.). Vidjeti također presude od 18. ožujka 2010., Alassini i dr. (C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, t. 49.) i od 14. rujna 2016., Martínez Andrés i Castrejana López (C-184/15 i C-197/15, EU:C:2016:680, t. 59.).

[33] Vidjeti, u tom pogledu, mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Watheleta u predmetu Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, t. 32. do 35.)

[34] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 49.).

[35] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 19. lipnja 2018., Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, t. 57.) i od 26. rujna 2018., Belastingdienst/Toeslagen (Suspenzivan učinak žalbe) (C-175/17, EU:C:2018:776, t. 34.). Usto valja dodati da se ni Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja je potpisana u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP), do sada nije uspostavilo pravo na drugi stupanj sudovanja niti se zahtijevalo njegovo postojanje, barem ne u građanskim stvarima.

[36] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 17. srpnja 2014., Sánchez Morcillo i Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, t. 36.); od 11. ožujka 2015., Oberto i O'Leary (C-464/13 i C-465/13, EU:C:2015:163, t. 73.); od 19. lipnja 2018., Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, t. 57.); od 26. rujna 2018., Belastingdienst/Toeslagen (Suspenzivan učinak žalbe) (C-175/17, EU:C:2018:776, t. 34.) i od 29. srpnja 2019., Bayerische Motoren Werke i Freistaat Sachsen/Komisija (C-654/17 P, EU:C:2019:634, t. 51.).

[37] Vidjeti, u tom pogledu (uz upućivanje na načela djelotvornosti i ekvivalentnosti, a ne na članak 47. Povelje), presudu od 17. ožujka 2016., Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, t. 27.).

[38] U pogledu tog zahtjeva vidjeti presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 33.).

73. Usto bih radi cjelovitosti dodao da bi se, u svakom slučaju, ako bi se postupovno pravilo poput ograničenja prava na žalbu u kasacijskom postupku o kojem je riječ u glavnom postupku smatralo ograničenjem prava na djelotvoran pravni lijek pred sudom u smislu članka 47. Povelje, moralo uvažiti da ono čini mjeru koja je, s jedne strane, predviđena „zakonom" te koja, s druge strane, može obeshrabriti zloporabu prigovora i osigurati svim osobama, u interesu dobrog sudovanja, ispitivanje njihovih pravnih sredstava u što je kraćem mogućem roku, u skladu s člankom 47. prvim i drugim stavkom Povelje [39]. Naposljetku, spornim pravilom ne prekoračuje se ono što je nužno za ostvarenje tog cilja.

74. Naravno, članak 47. Povelje zahtijeva uspostavu pravnog lijeka koji je djelotvoran i u pravnom i u praktičnom smislu [40]. Međutim, ako se čini, s jedne strane, da je pristup „sudu" u smislu članka 47. Povelje zajamčen bez poteškoća te, s druge strane, da nacionalno pravo tom „sudu" dodjeljuje nadležnost meritornog razmatranja spora – kako proizlazi iz presude koju je Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Okružni upravni sud za Valle d'Aostu) donio u ovom predmetu – ni Direktivu 89/665 ni članak 47. Povelje nije moguće tumačiti na način da zahtijevaju daljnji stupanj sudovanja kako bi se ispravila pogrešna primjena tih pravila žalbenog suda.

75. Naime, kako je nekoliko stranaka istaknulo, potrebno je postaviti pitanje što bi se dogodilo ako bi trećestupanjski sud prihvatio tumačenje koje je pružio drugostupanjski sud. Bi li članak 1. stavci 1. i 3. Direktive 89/665, u vezi s člankom 47. Povelje, u tom slučaju zahtijevao ustroj četvrtog stupnja sudovanja? To pitanje u biti samo na sebe odgovara. Smatram da se rješenje za pogrešnu primjenu prava Unije suda posljednjeg stupnja mora pronaći u drugim postupovnim kanalima, kao što su tužba zbog povrede obveza na temelju članka 258. UFEU-a [41] ili, primjerice, tužba u stilu one iz predmeta Francovich [42] koja omogućuje pozivanje na odgovornost države radi ostvarivanja pravne zaštite prava pojedinaca priznatih pravom Unije [43].

4. Dodatne napomene o sudskoj praksi proizašloj iz presude Francovich i potrebi za njezinom doradom

76. U tom se pogledu mora istaknuti da se na raspravi mnogo govorilo o tome koje bi pravne lijekove društvo Randstad moglo imati na raspolaganju u predmetnim okolnostima s obzirom na to da su, iskreno govoreći, rijetki branili konkretnu odluku Consiglia di Stato (Državno vijeće) kojom je žalba odbijena zbog nepostojanja aktivne procesne legitimacije.

77. Na raspravi je navedeno da bi se društvo Randstad možda moglo pozvati na članak 2. stavak 1. točku (c) Direktive 89/665, koji predviđa naknadu štete nastale zbog nepravilnosti u postupku javne nabave. Iako, strogo govoreći, o tom pitanju nije potrebno odlučiti, čini mi se da se

[39] Vidjeti, u tom pogledu (u kontekstu jamstva dobrog postupanja), presudu od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 54.). U vezi s tim valja podsjetiti na to da Sud članak 1. stavke 1. i 3. Direktive 89/665 tumači na način da obvezuje države članice da poduzmu potrebne mjere kako bi osigurale da odluke koje donose javni naručitelji u okviru postupaka javne nabave mogu biti učinkovito preispitane i, osobito, što je hitnije moguće, jer su njima povrijeđeni pravo Unije u području javne nabave ili nacionalna pravila kojima se prenosi to pravo (vidjeti, u tom pogledu, presude od 12. ožujka 2015., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 50.); od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 39.) i od 29. srpnja 2019., Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, t. 50.)).

[40] Vidjeti, u tom pogledu (u kontekstu članaka 6. i 13. EKLJP-a), Varga, Z., „National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts", *CML Rev*., 2017., sv. 54., str. 52. do 80., osobito str. 75.

[41] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 4. listopada 2018., Komisija/Francuska (Porez po odbitku) (C-416/17, EU:C:2018:811).

[42] Presuda od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428)

[43] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 4. ožujka 2020., Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, t. 67. do 69.) i presudu od 29. srpnja 2019., Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, t. 64.).

navedena odredba odnosi samo na nadležnost nacionalnih sudova da dodijele naknadu štete na temelju stroge odgovornosti za povrede pravila o javnoj nabavi koje je počinio *javni naručitelj*, a da nema veze s pogrešnom sudskom primjenom prava Unije u području javne nabave. Istaknuto je i da bi se protiv Talijanske Države mogla podnijeti tužba, u stilu one iz presude Francovich, za naknadu štete uzrokovane činjenicom da pravosudni sustav te države nije pravilno primijenio pravo Unije.

78. U vezi s tim valja istaknuti da konkretne okolnosti zbog kojih je Consiglio di Stato (Državno vijeće) u tom pogledu presudio protiv društva Randstad nisu sasvim jasne. U slučaju kad bi društvo Randstad protiv toga podnijelo druga pravna sredstva, tada bi bilo na nadležnom nacionalnom sudu da to utvrdi te da dokuči zašto Consiglio di Stato (Državno vijeće) nije, *kako se čini*, primijenio ustaljenu sudsku praksu Suda u pogledu aktivne procesne legitimacije u stvarima koje se tiču javne nabave odnosno zašto (kao sud posljednjeg stupnja) nije, s obzirom na to da je imao dvojbe, uputio zahtjev za prethodnu odluku u skladu s člankom 267. UFEU-a. Možda postoji objašnjenje za takvu odluku Consiglia di Stato (Državno vijeće) u ovom predmetu.

79. Ipak, iskoristio bih ovu priliku da istaknem kako smatram da sudsku praksu proizašlu iz presude Francovich sada treba sagledati iz nove perspektive te je, prema potrebi, doraditi s obzirom na zahtjeve iz članka 47. Povelje. Iz presude od 5. ožujka 1996., Brasserie du pêcheur i Factortame (C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79) (u daljnjem tekstu: presuda Brasserie du pêcheur i Factortame), proizlazi da su države članice dužne platiti naknadu štete uzrokovane dovoljno ozbiljnom povredom prava Unije ako su „očito i grubo [prekoračile granice svoje] diskrecijske ovlasti”[44].

80. Međutim, problem s praktičnom primjenom tog kriterija jest u tome da se jasni propusti država članica (uključujući sudske propuste) prečesto i možda suviše olako opravdavaju time da su takve pogreške počinjene u dobroj vjeri, da su s obzirom na okolnosti na drugi način ispričive ili da, u svakom slučaju, nisu „očite i grube”. Međutim, sudska kurtoazija ili poštovanje uvaženih nacionalnih pravosudnih institucija ne bi smjeli biti razlozi za to da se takve pogreške ne smatraju „očitima i grubima” u smislu presude Brasserie du pêcheur ako one doista jesu takve. Sama spremnost ili sklonost opravdavanju očitih i grubih propusta države članice prilikom primjene prava Unije umanjivanjem ozbiljnosti takvih propusta činilo bi jasnu uskratu djelotvornog pravnog lijeka oštećenicima u smislu članka 47. Povelje, osobito ako se, objektivno gledano, neprimjena jasno ustaljenog prava Unije ne može smisleno opravdati ili na drugi način oprostiti. Iako se ovaj predmet nužno dotiče tematike presude Francovich, opisano će se pitanje morati riješiti drugom prilikom s obzirom na to da u ovom postupku nije izravno istaknuto.

81. Istodobno, svaka spremnost da se opravdaju propusti države članice slaba je utjeha oštećeniku ako mu je podnošenje „tužbe u stilu one iz presude Francovich” u praksi suviše otežano. To se može sažeti tvrdnjom da, ako činjenica da žalbeni sud čije odluke nije moguće pobijati nije pravilno primijenio ustaljenu sudsku praksu Suda ne čini sama po sebi osnovu za podnošenje tužbe za naknadu štete, tada same kriterije „očite i grube povrede” – koji su, uostalom, uspostavljeni prije nego što je članak 47. Povelje stupio na snagu – treba doraditi. Kako jamstvo iz članka 47. Povelje ne bi bilo isprazno, čini mi se da neprimjena ustaljene sudske prakse Suda od strane suda posljednjeg stupnja treba dovesti do odgovornosti dotične države članice u stilu

[44] Presuda Brasserie du pêcheur i Factortame (t. 55.)

presude Francovich. U svakom slučaju, Sud je utvrdio da sama činjenica da je nacionalni sud povrijedio pravo Unije i pritom „očito odstupio od sudske prakse Suda" upućuje na dovoljno ozbiljnu povredu [45].

82. Sve to priziva priču o Sherlocku Holmesu i psu koji nije lajao [46]. U tom je smislu znakovito opće nepostojanje sudske prakse o toj temi [47]. To se samo po sebi može smatrati pokazateljem da se te pogreške i propusti u praksi suviše olako opravdavaju te da pravno sredstvo u stilu onog iz presude Francovich za mnoge čija prava koja dodjeljuje pravo Unije nisu osigurana čini iluziju, a ne stvarnost. To je dodatan razlog zbog kojeg je kriterije „očite i grube povrede" iz presude Brasserie du pêcheur i Factortame možda potrebno preispitati kako bi pravosudni sustavi država članica dovoljno odlučno primjenjivali pravo Unije, iako treba uzeti u obzir posebne čimbenike koje je Sud u presudi od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), odredio u pogledu odgovornosti za sudske pogreške, to jest „specifičnu narav sudske funkcije" kao i zahtjeve pravne sigurnosti [48]. Međutim, presuda Francovich je, tako govoreći, pas kojem se mora omogućiti da laje jer upravo taj lavež treba služiti kao upozorenje da prava koja se pravom Unije htjelo zajamčiti i zaštititi ugrožava – ponekad potiho – nacionalna sudska pogreška.

83. Tomu se može dodati da bi u posebnom kontekstu povrede pravila o javnoj nabavi bilo pomalo nedosljedno da Direktiva 89/665 predviđa neki oblik stroge odgovornosti javnog naručitelja za pogrešku a da je istodobno odgovornost za nacionalnu sudsku pogrešku u kontekstu preispitivanja postupka javne nabave vrlo teško aktivirati.

84. Međutim, smatram da se pravo donekle pomaknulo od presude od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Budući da je članak 47. Povelje u međuvremenu stupio na snagu, mišljenja sam, zbog već navedenih razloga, da je potrebno ispitati i je li se predmetna pravosudna pogreška mogla *objektivno* opravdati. Ako se takvo ispitivanje ne provede, postoji stvarna opasnost od toga da primjena kriterija iz presude Brasserie du pêcheur i Factortame u praksi pretjerano oteža ostvarenje naknade štete, u smislu presude Francovich, uzrokovane sudskom pogreškom, na način da ispunjenje tih kriterija odgovornosti bude moguće samo u iznimnim okolnostima.

5. Zaključak o prvom pitanju

85. Stoga, ukratko, smatram da članak 1. stavke 1. i 3. Direktive 89/665, u vezi s člankom 47. Povelje, treba tumačiti na način da mu se ne protivi pravilo poput članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava, kako je protumačen u presudi br. 6/2018, prema kojem se žalbom u kasacijskom postupku koja se podnosi zbog razloga „nenadležnosti" ne mogu pobijati presude u kojima je sud drugog stupnja u sektorima koji su uređeni pravom Unije primijenio prakse tumačenja usvojene na nacionalnoj razini, a koje nisu u skladu s presudama Suda.

86. Rješenje za pogrešnu primjenu prava Unije suda posljednjeg stupnja mora se pronaći u drugim postupovnim kanalima, kao što su tužba zbog povrede obveze na temelju članka 258. UFEU-a ili mogućnost pozivanja na odgovornost države, radi ostvarenja pravne zaštite prava priznatih pravom Unije.

[45] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, t. 56.) i od 25. studenoga 2010., Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, t. 52.).

[46] „The Adventure of the Silver Blaze" u Conan Doyle, A., *The Memoirs of Sherlock Holmes* (London, 1892.)

[47] Vidjeti, općenito, Beutler, B., „State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?", *CMLRev*, 46, 2009., str. 773. do 787.

[48] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, t. 53.).

B. Drugo pitanje

87. Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) svojim drugim pitanjem u biti pita protive li se članku 4. stavku 3. i članku 19. stavku 1. UEU-a te članku 267. UFEU-a, u vezi s člankom 47. Povelje, tumačenje i primjena pravilâ o žalbama u kasacijskom postupku koje se podnose zbog „razloga koji se odnose na nadležnost" u skladu s kojima se takve žalbe ne mogu podnijeti općoj sjednici Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) radi pobijanja presude Consiglia di Stato (Državno vijeće) u kojoj taj sud bez obrazloženja nije Sudu uputio zahtjev za prethodnu odluku, u situaciji u kojoj uvjeti pod kojima je nacionalni sud oslobođen te obveze, kako ih je Sud izložio u svojoj presudi od 6. listopada 1982., Cilfit i dr. (C-283/81, EU:C:1982:335), nisu bili ispunjeni.

88. Smisao tog pitanja jest da nacionalnom sudu ne smije biti onemogućeno, čak ni privremeno, da uputi zahtjev za prethodnu odluku jer bi to imalo učinak zadiranja u isključivu nadležnost Suda da pravilno i obvezujuće tumači pravo Unije, što bi negativno utjecalo na ujednačenu primjenu i djelotvornu sudsku zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije.

89. Za početak se može istaknuti da Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) u uvodnom dijelu zahtjeva za prethodnu odluku postavlja dodatno pitanje u vezi s drugim pitanjem, koje nije prisutno u tekstu konačno postavljenog pitanja. U biti, iz točke 50. zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud), osim formalno postavljenog pitanja, usto propituje pristup prema kojem on sâm nije mogao izravno podnijeti zahtjev za prethodnu odluku.

90. Budući da to pitanje nije dio konačno upućenih pitanja, bit ću kratak. Osim toga, odgovor na to pitanje ne čini mi se spornim. Naime, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, članak 267. UFEU-a daje nacionalnim sudovima najširu mogućnost obraćanja Sudu ako smatraju da predmet koji je pred njima u tijeku postavlja pitanja koja zahtijevaju tumačenje ili ocjenu valjanosti odredbi prava Unije nužnih za rješavanje podnesenog im spora [49]. Posljedično, ako je spor pred Corteom suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) valjano pokrenut, nacionalna postupovna pravila ne mogu dovesti u pitanje ovlasti i obveze koje taj sud ima na temelju članka 267. UFEU-a [50].

91. Međutim, pri čemu napokon dolazim do izričito upućenog drugog pitanja, ne smatram da nacionalna postupovna pravila, kao što je ono koje se razmatra u ovom predmetu, koja mogućnost podnošenja žalbe u kasacijskom postupku ograničavaju na pitanja koja se odnose na nadležnost nužno treba tumačiti, kako bi bila u skladu s pravom Unije, na način da dopuštaju podnošenje takve žalbe ako prvostupanjski sud ili sud protiv čijih odluka u nacionalnom pravu nema pravnog lijeka ne uputi Sudu prethodno pitanje.

[49] Vidjeti, u tom pogledu i među ostalim, presude od 16. prosinca 2008., Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, t. 88.); od 15. siječnja 2013., Križan i dr. (C-416/10, EU:C:2013:8, t. 64.) i od 2. ožujka 2021., A. B. i dr. (Imenovanje sudaca Vrhovnog suda – pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, t. 91. i navedenu sudsku praksu).

[50] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 18. srpnja 2013., Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, t. 32.). Nije problematična činjenica da bi se i Consiglia di Stato (Državno vijeće) i Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) moglo smatrati obveznima Sudu u istom sporu uputiti zahtjev za prethodnu odluku na temelju članka 267. trećeg stavka UFEU-a. Naprotiv, u toj situaciji, ako sud kao što je Consiglio di Stato (Državno vijeće) nije Sudu uputio zahtjev za prethodnu odluku, sud kao što je opća sjednica Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) mora sam postaviti pitanje Sudu (vidjeti, u tom pogledu, u kontekstu u kojem obvezu upućivanja zahtjeva Sudu vjerojatno imaju dva suda, presudu od 4. studenoga 1997., Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, t. 30.).

92. Naime, budući da je na nacionalnim sudovima da primjenjuju pravo Unije, oni su ti koji nužno pružaju prvo tumačenje. Kao što je to Sud ranije utvrdio, nacionalni sudovi, u suradnji sa Sudom, obavljaju funkciju, koja im je zajednički dodijeljena, kako bi osigurali poštovanje prava u tumačenju i primjeni Ugovorâ [51]. Iz pravosudnog sustava uspostavljenog Ugovorima – a osobito člankom 4. stavkom 3. UEU-a, člankom 19. stavkom 1. UEU-a i člankom 267. UFEU, na koje sud koji je uputio zahtjev upućuje – proizlazi da Sud nema monopol na tumačenje prava Unije, nego isključivu nadležnost za pružanje *konačnog* tumačenja navedenog prava [52].

93. Obveza nacionalnih sudova protiv čijih odluka nema sudskog pravnog lijeka da se obrate Sudu u skladu s člankom 267. trećim stavkom UFEU-a dio je suradnje, uspostavljene u vidu osiguranja dobre primjene i jedinstvenog tumačenja prava Unije u svim državama članicama, između nacionalnih sudova u njihovu svojstvu sudova zaduženih za primjenu prava Unije i Suda [53].

94. Dakle, članak 267. UFEU-a omogućuje uspostavu dijaloga između Suda i sudova država članica [54]. Kao što je to već navedeno u ovom mišljenju, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, ta odredba daje nacionalnim sudovima najširu mogućnost obraćanja Sudu ako smatraju da predmet koji je pred njima u tijeku postavlja pitanja koja zahtijevaju tumačenje ili ocjenu valjanosti odredbi prava Unije nužnih za rješavanje podnesenog im spora [55]. Usto, valja podsjetiti na to da je, u skladu s člankom 267. trećim stavkom UFEU-a, kada prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka protiv odluke nacionalnog suda, potonji *načelno* dužan uputiti Sudu prethodno pitanje ako se u predmetu koji je pred njim u tijeku pojavi pitanje o tumačenju prava Unije [56].

95. Dakle, u tom posebnom kontekstu suradnje uspostavljene člankom 267. UFEU-a, nacionalno pravilo ne smije *spriječiti* nacionalni sud da se koristi navedenom mogućnošću ili postupi u skladu s navedenom obvezom [57]. Drugim riječima, *minimalni* je zahtjev da sud koji je u nacionalnom postupovnom sustavu određen za odlučivanje o pitanjima koja su povezana s pravom Unije – kao što su, u ovom predmetu, tribunali amministrativi regionali (okružni upravni sudovi) i Consiglio di Stato (Državno vijeće) u području javne nabave – treba imati mogućnost, ako ne obvezu, uputiti zahtjev za prethodnu odluku. Ako je tako, isključivo je na nacionalnom sudu koji odlučuje u sporu i koji mora preuzeti odgovornost za buduću sudsku odluku da s obzirom na specifične okolnosti svakog pojedinog slučaja procijeni kako potrebu za prethodnom odlukom kako bi mogao donijeti vlastitu odluku tako i relevantnost pitanja koja upućuje Sudu [58]. Ukratko, kako je nezavisni odvjetnik M. Bobek nedavno objasnio, smisao sudske prakse Suda u tom području jest osigurati da nacionalna postupovna pravila ne sprječavaju isticanje pitanja koja se tiču prava Unije i potencijalno upućivanje zahtjeva za prethodnu odluku neovisno o fazi postupka [59].

[51] Vidjeti, u tom pogledu, mišljenje 1/09 (Sporazum o stvaranju ujednačenog sustava rješavanja sporova koji se odnose na patente) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 69.) i presudu od 27. veljače 2018., Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, t. 33.).

[52] Vidjeti, u tom pogledu, mišljenje 1/17 od 30. travnja 2019. (EU:C:2019:341, t. 111.).

[53] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 6. listopada 1982., Cilfit i dr. (283/81, EU:C:1982:335, t. 7.) i od 9. rujna 2015., X i van Dijk (C-72/14 i C-197/14, EU:C:2015:564, t. 54.).

[54] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 2. ožujka 2021., A. B. i dr. (Imenovanje sudaca Vrhovnog suda – pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, t. 90.).

[55] Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješci 49 ovog mišljenja.

[56] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 24. listopada 2018., XC i dr. (C-234/17, EU:C:2018:853, t. 43.). Vidjeti također presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 32.) i od 2. ožujka 2021., A. B. i dr. (Imenovanje sudaca Vrhovnog suda – pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, t. 92.), u kojima se koristi drukčija formulacija.

[57] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 32. i 33.) i od 2. ožujka 2021., A. B. i dr. (Imenovanje sudaca Vrhovnog suda – pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, t. 93.).

[58] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 9. rujna 2015., X i van Dijk (C-72/14 i C-197/14, EU:C:2015:564, t. 57.).

[59] Vidjeti, u tom pogledu, mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Bobeka u predmetu Consorzio Italian Management i Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, t. 27.).

96. Međutim, kao što će se vidjeti u mojoj analizi trećeg pitanja koje je postavio Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud), ako je očito da je Consiglio di Stato (Državno vijeće) trebao Sudu uputiti prethodno pitanje ako je imao ikakve dvojbe u pogledu područja primjene članka 1. stavaka 1. i 3. Direktive 89/665, kako ga je Sud do tada tumačio, mora se istaknuti da ipak nije postojalo niti jedno nacionalno postupovno pravilo koje ga je sprječavalo da pokrene taj dijalog sa Sudom.

97. Stoga smatram da će neupućivanje prethodnog pitanja vjerojatno rezultirati materijalnom nezakonitosti (zbog pogrešne primjene prava Unije koje je nacionalni sud pogrešno protumačio) i/ili postupovnom nezakonitosti (zbog činjenice da nacionalni sud nije Sudu uputio prethodno pitanje iako je bio obvezan to učiniti), ali da ga ne treba smatrati razlogom koji se odnosi na nadležnost u smislu članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava. Kao što sam to naveo na kraju svoje analize prvog prethodnog pitanja, rješenje za pogrešnu primjenu prava Unije suda posljednjeg stupnja – te ovdje dodajem, obveze na temelju članka 267. UFEU-a – mora se pronaći, iako to nije optimalno, u drugim postupovnim kanalima, kao što su tužba zbog povrede obveze ili mogućnost pozivanja na odgovornost države za naknadu štete, radi ostvarivanja pravne zaštite prava pojedinaca.

98. Naime, kao što sam već naveo, s obzirom na temeljnu ulogu sudbene vlasti da zaštiti prava koja pojedinci imaju na osnovi pravila prava Unije, puna djelotvornost tih pravila bila bi dovedena u pitanje, a zaštita prava koja ona priznaju bila bi oslabljena ako pojedinci ne bi, pod određenim uvjetima, mogli dobiti naknadu štete kad su njihova prava bila povrijeđena povredom prava Unije koja se može pripisati odluci suda države članice koji odlučuje u zadnjem stupnju [60].

99. S obzirom na prethodna razmatranja, zaključujem da se članku 4. stavku 3. i članku 19. stavku 1. UEU-a te članku 267. UFEU-a, u vezi s člankom 47. Povelje, ne protive tumačenje i primjena pravilâ o žalbama u kasacijskom postupku koje se podnose zbog razloga koji se odnose na nadležnost u skladu s kojima se takve žalbe ne mogu podnijeti općoj sjednici Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) radi pobijanja presude Consiglia di Stato (Državno vijeće) u kojoj taj sud bez obrazloženja nije uputio Sudu zahtjev za prethodnu odluku.

C. Treće pitanje

100. Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) svojim trećim pitanjem u biti pita je li tumačenje članka 1. stavaka 1. i 3. i članka 2. stavka 1. Direktive 89/665, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66, koje proizlazi iz presuda Suda od 4. srpnja 2013., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), primjenjivo na slučaj iz glavnog postupka.

101. U tom pogledu valja podsjetiti na to da, prema ustaljenoj sudskoj praksi, opravdanost zahtjeva za prethodnu odluku nije u davanju savjetodavnih mišljenja o općenitim ili hipotetskim pitanjima, nego u stvarnoj potrebi učinkovitog rješenja spora o pravu Unije [61].

102. Međutim, budući da sam u pogledu prvog prethodnog pitanja zaključio da se ograničenje nadležnosti Cortea suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud) predviđeno u članku 111. osmom stavku talijanskog Ustava, kako je protumačen u presudi br. 6/2018, ne protivi članku 1.

[60] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, t. 33.) i od 9. rujna 2015., Ferreira da Silva e Brito i dr. (C-160/14, EU:C:2015:565, t. 47.).

[61] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 3. listopada 2019., A i dr. (C-70/18, EU:C:2019:823, t. 73.).

stavcima 1. i 3. Direktive 89/665 i članku 47. Povelje, treba smatrati da sud koji je uputio zahtjev nije nadležan ispitati, u glavnom postupku, područje primjene Direktive 89/665. Ipak, to ću pitanje razmotriti za slučaj da Sud bude drukčijeg mišljenja.

103. Podsjećam na to da društvo Randstad osporava svoje isključenje iz postupka nadmetanja i dodjelu ugovora drugom poduzetniku. Međutim, Consiglio di Stato (Državno vijeće) meritorno je ispitao samo žalbeni razlog kojim je društvo Randstad osporavalo bodove koji su dodijeljeni njegovoj tehničkoj ponudi – koji nisu dosezali „minimalan prag" – te je najprije razmotrio protužalbe javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja. Prihvatio je te protužalbe a da pritom nije meritorno ispitao ostale žalbene razloge kojima se ishod postupka nadmetanja osporavao zbog razloga koji se ne odnose na bodove dodijeljene tehničkoj ponudi tog društva.

104. U uvodnim sam napomenama ovog mišljenja već izložio sudsku praksu Suda koja se odnosi na opseg obveze iz članka 1. stavaka 1. i 3. Direktive 89/665 da se uspostavi postupak pravne zaštite, u posebnom kontekstu u kojem je uspješni ponuditelj podnio protutužbu. U ovoj se fazi stoga može navesti da je odlučujući kriterij za postojanje obveze suda da ispita tužbu taj da svakoj stranci postupka treba priznati legitimni interes za isključenje ponuda ostalih sudionika. To znači da se ne može isključiti mogućnost da nepravilnost koja opravdava isključenje ponude uspješnog ponuditelja i ponude ponuditelja koji pobija odluku javnog naručitelja može obilježavati i druge ponude dostavljene u postupku nadmetanja, što može tog javnog naručitelja prisiliti na pokretanje novog postupka [62].

105. Sud je u tom pogledu bio izrazito jasan: „dopuštenost glavne tužbe ne može biti uvjetovana, a da pritom ne povrijedi koristan učinak Direktive 89/665, prethodnim utvrđenjem da su sve ponude koje su slabije rangirane od one koju je podnio ponuditelj koji je podnio navedenu tužbu isto tako neispravne [ili] time da navedeni ponuditelj dostavi dokaz o tome da će javni naručitelj morati ponoviti postupak javne nabave. *Postojanje takve mogućnosti treba smatrati dovoljnim u tom pogledu*." [63] Ponuditelju čiju je ponudu javni naručitelj u postupku sklapanja ugovora o javnoj nabavi isključio može se odbiti pristup preispitivanju odluke o dodjeli tog ugovora samo ako je odluka o isključenju tog ponuditelja potvrđena odlukom koja je postala pravomoćna prije nego što je sud koji preispituje odluku o dodjeli ugovora donio svoju presudu, u kojem slučaju se tog ponuditelja mora smatrati konačno isključenim iz odnosnog postupka javne nabave [64].

106. U glavnom postupku, kao prvo, nije sporno da društvo Randstad nije još bilo konačno isključeno iz postupka javne nabave kada je podnijelo žalbu Consigliu di Stato (Državno vijeće). Kao drugo, iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da je društvo Randstad kao jedan od razloga za svoje ponovno uključenje u postupak nadmetanja istaknulo nezakonitost imenovanja i sastava povjerenstva za javnu nabavu odgovornog za provedbu ekonomske ocjene. Međutim, ako bi se utvrdilo postojanje tih nepravilnosti, one bi opravdale isključenje i ponude uspješnog ponuditelja i ponude ponuditelja koji pobija odluku javnog naručitelja te bi usto obilježavale i ostale ponude dostavljene u postupku nadmetanja, što bi moglo prisiliti javnog naručitelja na pokretanje novog postupka.

107. S obzirom na te okolnosti, čini mi se nedvojbenim da je načelo koje je uspostavljeno i potvrđeno sudskom praksom koju sud koji je uputio zahtjev ističe primjenjivo u glavnom postupku. Consiglio di Stato (Državno vijeće) je stoga bio obvezan priznati interes društva

[62] Vidjeti, u tom pogledu, presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, t. 28.) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 27.).

[63] Presuda od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 29.). Moje isticanje

[64] Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, t. 31. i navedenu sudsku praksu).

Randstad za osporavanje, kako u prvostupanjskom tako i u žalbenom postupku, regularnosti postupka te stoga odluke o dodjeli ugovora ili, podredno, u slučaju dvojbi Sudu uputiti zahtjev za prethodnu odluku o tom pitanju.

VII. Zaključak

108. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem da Sud na pitanja koja je postavio Corte suprema di cassazione (Vrhovni kasacijski sud, Italija) odgovori na sljedeći način:

1. Članak 1. stavke 1. i 3. 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, među ostalim, Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007., u vezi s člankom 47. Povelje, treba tumačiti na način da mu se ne protivi pravilo poput članka 111. osmog stavka talijanskog Ustava, kako je protumačen u presudi br. 6/2018, prema kojem se žalbom u kasacijskom postupku koja se podnosi zbog razloga koji se odnose na nadležnost ne mogu pobijati presude u kojima je sud drugog stupnja u sektorima koji su uređeni pravom Unije primijenio prakse tumačenja usvojene na nacionalnoj razini, a koje nisu u skladu s presudama Suda.

   Rješenje za pogrešnu primjenu prava Unije suda posljednjeg stupnja mora se pronaći u drugim postupovnim kanalima, kao što su tužba zbog povrede obveze na temelju članka 258. UFEU-a ili mogućnost pozivanja na odgovornost države, radi ostvarivanja pravne zaštite prava pojedinaca priznatih pravom Unije.

2. Članku 4. stavku 3. i članku 19. stavku 1. UEU-a te članku 267. UFEU-a, u vezi s člankom 47. Povelje, ne protive se tumačenje i primjena pravilâ o žalbama u kasacijskom postupku koje se podnose zbog razloga koji se odnose na nadležnost u skladu s kojima se takve žalbe ne mogu podnijeti općoj sjednici Cortea Suprema di Cassazione (Vrhovni kasacijski sud) radi pobijanja presude Consiglia di Stato (Državno vijeće) u kojoj taj sud bez obrazloženja nije uputio Sudu zahtjev za prethodnu odluku.

   Podredno,

3. Tumačenje članka 1. stavaka 1. i 3. te članka 2. stavka 1. Direktive 89/665, kako je izmijenjena Direktivom 2007/66, koje proizlazi iz presuda Suda od 4. srpnja 2013., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i od 5. rujna 2019., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), primjenjuje se na predmet u glavnom postupku ako odluka o isključenju neuspješnog ponuditelja nije potvrđena odlukom koja je postala pravomoćna prije nego što je sud koji preispituje odluku o dodjeli ugovora donio svoju presudu te ako je taj ponuditelj istaknuo razlog koji bi javnog naručitelja mogao prisiliti na pokretanje novog postupka.