Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (deseto vijeće)

5. rujna 2019.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Postupci kontrole sklapanja ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima – Direktiva 89/665/EEZ –Tužba za poništenje koju je protiv odluke o dodjeli ugovora o javnoj nabavi podnio ponuditelj čija ponuda nije odabrana – Protutužba uspješnog ponuditelja – Dopuštenost glavne tužbe u slučaju osnovanosti protutužbe”

U predmetu C-333/18,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija), odlukom od 14. veljače 2018., koju je Sud zaprimio 23. svibnja 2018., u postupku

Lombardi Srl

protiv

Comune di Auletta,

Delta Lavori SpA,

Msm Ingegneria Srl,

uz sudjelovanje:

Robertazzi Costruzioni Srl,

SUD (deseto vijeće),

u sastavu: C. Lycourgos, predsjednik vijeća, E. Juhász (izvjestitelj) i M. Ilešič, suci,

nezavisni odvjetnik: M. Campos Sánchez-Bordona,

tajnik: A. Calot Escobar,

uzimajući u obzir pisani postupak,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

– za Lombardi Srl, A. Brancaccio i A. La Gloria, *avvocati*,

– za Delta Lavori SpA, G. M. Di Paolo i P. Piselli, *avvocati*,

* Jezik postupka: talijanski

– za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju D. Del Gaiza, *avvocato dello Stato*,

– za Europsku komisiju, G. Gattinara, P. Ondrůšek i L. Haasbeek, u svojstvu agenata,

odlučivši, nakon što je saslušao nezavisnog odvjetnika, da u predmetu odluči bez mišljenja,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 1. stavka 1. trećeg podstavka i stavka 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 (SL 1989., L 395, str. 33.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 6., str. 3.), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.) (u daljnjem tekstu: Direktiva 89/665).

2 Zahtjev je upućen u okviru spora između društva Lombardi Srl i Comune di Auletta (općina Auletta, Italija), kao i društava Lavori SpA i Msm Ingegneria, o odluci općine Auletta o dodjeli ugovora o javnoj nabavi za projektiranje i izvršenje hidrogeoloških radova.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 Članak 1. Direktive 89/665, pod nazivom „Područje primjene i dostupnost postupaka pravne zaštite”, propisuje:

„1. Ova se Direktiva primjenjuje na ugovore navedene u Direktivi 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama [(SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)], osim ako su takvi ugovori izuzeti u skladu s člancima 10. do 18. te Direktive.

Ugovori u smislu značenja ove Direktive uključuju ugovore o javnoj nabavi, okvirne sporazume, koncesije za javne radove i dinamičke sustave nabave.

Države članice poduzimaju mjere potrebne da osiguraju da, vezano uz ugovore koji spadaju u područje primjene Direktive 2004/18/EZ, odluke koje donose javni naručitelji mogu biti učinkovito preispitane i, posebno, što je hitnije moguće u skladu s uvjetima navedenim u člancima 2. do 2.f ove Direktive, zbog toga što se takvim odlukama krši pravo Zajednice u području javne nabave ili nacionalna pravila u kojima je preneseno 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.

[…]”

Talijansko pravo

4 Članak 112. Codice di procedura civile (Zakonik o parničnom postupku) određuje:

„Sud mora odlučiti o cijelom zahtjevu, ali ne smije prijeći njegove granice; ne smije po službenoj dužnosti odlučiti o prigovorima koje samo stranke mogu istaknuti.”

5 U skladu s člankom 2697. codice civile (Građanski zakonik):

„Onaj tko tvrdi da ima pravni zahtjev mora dokazati činjenice na kojima se on zasniva. Onaj tko tvrdi da su te činjenice bespredmetne ili da je došlo do promjene ili prestanka prava, treba dokazati činjenice na kojima temelji svoj prigovor.”

6 Članak 2909. Građanskog zakonika glasi kako slijedi:

„Utvrđenja sadržana u presudi koja je postala pravomoćna obvezuju u svakom pogledu stranke, njihove nasljednike i pravne sljednike.”

Glavni postupak i prethodno pitanje

7 Commune d'Auletta (općina Auletta) pokrenula je 29. lipnja 2015., posredstvom obavijesti o nadmetanju, otvoreni javni natječaj za dodjelu ugovora o javnoj nabavi za projektiranje i provedbu radova hidrogeološke restauracije povijesnog centra te općine. Prema dokumentaciji o javnoj nabavi, njezina vrijednost iznosila je 6 927 970,95 eura, a odluka o dodijeli ugovora trebala je biti donesena na temelju ekonomski najpovoljnije ponude.

8 Društvo Lombardi, rangirano na treće mjesto u konačnom poretku, osporilo je pred Tribunaleom amministrativo regionale per la Campania (Regionalni upravni sud za Kampaniju, Italija) uključivanje u postupak javne nabave, s jedne strane, uspješnog ponuditelja, društva Delta Lavori, zato što projektant kojeg je to društvo navelo, to jest društvo Msm Ingegneria, nije posjedovalo kvalitete koje su bile tražene u dokumentaciji za nadmetanje i, s druge strane, ponuditelja rangiranog na drugo mjesto, društvo Robertazzi Costruzioni Srl – Giglio Costruzioni Srl, privremeno udruženje poduzetnika.

9 Društvo Delta Lavori zatražilo je odbijanje tužbe i podnijelo je protutužbu u kojoj je tvrdilo da je društvo Lombardi trebalo biti isključeno iz postupka javne nabave, zato što je tijekom postupka prestalo ispunjavati uvjete za sudjelovanje, predviđene u pozivu na nadmetanje.

10 Drugi ponuditelji, koji su bili rangirani iza društva Lombardi, nisu se umiješali u postupak.

11 Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Regionalni upravni sud za Kampaniju) ispitao je prvo protutužbu društva Delta Lavori te je utvrdio da je ona osnovana, nakon što je utvrdio da je postupak javne nabave o kojem je riječ u glavnom postupku bio nezakonit, jer društvo Lombardi nije iz njega bilo isključeno. Taj isti sud odbacio je zbog te činjenice tužbu društva Lombardi kao nedopuštenu zbog nepostojanja pravnog interesa.

12 Društvo Lombardi podnijelo je žalbu Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) tvrdeći, među ostalim, da nisu poštovana načela koja je Sud utvrdio u presudi od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199). Naime, trebalo je, neovisno o sudbini protutužbe, meritorno ispitati glavnu tužbu imajući u vidu izvedeni (*strumentale*) i posredni interes društva Lombardi da se propuštanje isključenja uspješnog ponuditelja proglasi nezakonitim, s obzirom na to da je takva odluka mogla navesti javnog naručitelja da poništi postupak o kojem je riječ i da pokrene novi postupak javne nabave.

13 Peto vijeće Consiglio di Stato (Državno vijeće) odlučilo je, nakon što je utvrdilo razmimoilaženje u sudskoj praksi tog suda u pogledu primjene presude od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), podnijeti općoj sjednici tog istog suda sljedeće pitanje:

„U slučaju tužbe protiv akata iz otvorenog postupka javne nabave, mora li sud zajedno ispitati glavnu tužbu i protutužbu za isključenje, koju je podnio uspješni ponuditelj, iako su drugi konkurenti, čije ponude nisu predmet tužbe, sudjelovali u postupku javne nabave i kada utvrdi da su samo sporne ponude zahvaćene nepravilnostima koje su istaknute kao tužbeni razlozi?”

14 Plenarna sjednica Consiglio di Stato (Državno vijeće) ističe da, prema nacionalnoj sudskoj praksi, u slučaju kada su samo dva ponuditelja sudjelovala u pozivu na nadmetanje i kada su oba podnijela tužbe radi isključenja onog drugoga, treba ispitati i glavnu tužbu i protutužbu. K tomu, jasno je da se, ako postoji više od dvaju ponuditelja, to isto rješenje mora primijeniti kada se tužba zasniva na razlozima koji bi, u slučaju da se usvoje, doveli do ponavljanja cijelog postupka, bilo zato što ti razlozi dovode u pitanje zakonitost položaja uspješnog ponuditelja i drugih sudionika u postupku, bilo zato što osporavaju samu valjanost postupka izbora.

15 S druge strane, dvojbe ostaju kada se, kao u ovom slučaju, glavna tužba ne zasniva na razlozima koji bi, ako budu usvojeni, doveli do ponavljanja cijelog postupka.

16 U tom pogledu, domaća je sudska praksa podijeljena. Prema prvom pravcu sudske prakse, presuda od 5. travnja 2016., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) u tom slučaju nalaže ispitivanje glavne tužbe čak i nakon što je protutužba proglašena osnovanom, pri čemu nije potrebno voditi računa o broju poduzetnika koji su sudjelovali u postupku ni o nezakonitostima koje su istaknute kao razlozi u glavnoj tužbi. Međutim, takav pravac ne uzima u obzir presudu od 21. prosinca 2016., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), u kojoj je Sud presudio da se Direktivi 89/665 ne protivi to da se ponuditelju, koji je konačnom odlukom javnog naručitelja isključen iz postupka javne nabave, uskrati pristup pravnoj zaštiti protiv odluke o dodjeli predmetnog ugovora o javnoj nabavi. K tomu, taj pravac sudske prakse ne vodi računa o činjenici da bi preispitivanje i poništenje postupka javne nabave bili posve fakultativni, tako da pravni interes podnositelja glavne tužbe ne bi bio siguran.

17 Prema drugom pravcu sudske prakse, ispitivanje glavne tužbe bilo bi obavezno samo kada bi osnovanost te tužbe donijela stvarnu prednost tužitelju, što pretpostavlja da su ponude ponuditelja koji nisu stranke postupka zahvaćene istom nezakonitošću poput one na kojoj se temelji odluka kojom se glavna tužba proglašava osnovanom. Međutim, takvo tumačenje bilo je kritizirano kao protivno presudi od 5. travnja 2016. PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i zanemaruje činjenicu da, čak i ako bi se nakon ispitivanja protutužbe i tužbe ustanovilo da sve podnesene ponude, uključujući i ponude ponuditelja koji nisu stranke sudskog postupka, sadržavaju nedostatke analogne onima koje sadržavaju ponude koje je ispitao sud, javni naručitelj ipak ima samo mogućnost, a ne i obvezu, ponovno započeti postupak javne nabave.

18 Prema mišljenju opće sjednice Consiglio de Stato (Državno vijeće), prednost bi, zbog usklađenosti s nacionalnim postupovnim sustavom i s načelom postupovne autonomije zasnovanom na raspolaganjima stranaka, trebalo dati rješenju prema kojemu sud kojem je tužba podnesena ocjenjuje pravni interes tužitelja na konkretan način, a ne u pogledu isključivo teoretskih razloga. U tom svjetlu, primjereno bi bilo priznati državama članicama mogućnost utvrđivanja pravila dokazivanja konkretnosti navedenog interesa, jamčeći pritom prava obrane ponuditeljima koji još sudjeluju u postupku javne nabave, ali protiv kojih nije pokrenut sudski postupak, i to u skladu s načelima o teretu dokazivanja.

19 U tim je okolnostima Consiglio di Stato (Državno vijeće, Italija) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Može li se članak 1. stavak 1. treći podstavak i stavak 3. direktive [89/665] tumačiti na način da se njime dopušta da je, kada više poduzetnika koji su sudjelovali u postupku javne nabave nisu stranke sudskog postupka (i u svakom slučaju nije podnesena tužba protiv ponuda nekih od tih društava), zadaća suda da, u skladu s načelom postupovne autonomije priznatom državama članicama, ocijeni konkretnu prirodu pravnog interesa koji u glavnoj tužbi ističe konkurent protiv kojega je podnesena protutužba za isključenje koja se smatra osnovanom, pri tom koristeći zakonom predviđene postupovne instrumente, čineći tako zaštitu pruženu tom subjektivnom položaju sukladnom s ustaljenim načelima domaćeg prava, a to su načelo dispozitivnosti (članak 112. Zakonika o građanskom postupku), tereta dokazivanja (članak 2697. Građanskog zakonika) i subjektivnih granica pravomoćnosti presuđene stvari, koja vrijedi samo između stranaka postupka te se ne može utjecati na položaj osoba koje ne sudjeluju u postupku (članak 2909. Građanskog zakonika)?”

O prethodnom pitanju

20 Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 1. stavak 1. treći podstavak i stavak 3. Direktive 89/665 tumačiti na način da mu se protivi to da glavna tužba, koju je podnio ponuditelj koji ima interes za dobivanje određenog ugovora i koji je pretrpio ili bi mogao pretrpjeti štetu zbog navodne povrede prava Unije u području javne nabave ili pravila kojima se to pravo prenosi, te koja se odnosi na isključenje nekog drugog ponuditelja, bude proglašena nedopuštenom na temelju primjene nacionalnih postupovnih pravila ili sudske prakse koji se odnose na postupanje s tužbama za međusobno isključenje, bez obzira na broj sudionika u postupku javne nabave, kao i broj onih koji su podnijeli tužbu.

21 Ponajprije valja podsjetiti da je, kao što to proizlazi iz druge uvodne izjave Direktive 89/665, njezin cilj ojačati mehanizme koji već postoje na nacionalnoj razini i na razini Unije, radi osiguranja djelotvorne primjene direktiva u području javne nabave, osobito u stadiju u kojem se povrede još uvijek mogu ispraviti (presuda od 5. travnja 2017., Marina del Mediterráneo i dr., C-391/15, EU:C:2017:268, t. 30.).

22 Iz članka 1. stavka 1. trećeg podstavka i 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.

23 Prema tome, kada tijekom 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 ponuditelja moći će sudjelovati u tom postupku, te stoga posredno dobiti ugovor (vidjeti u tom smislu presudu od 5. travnja 2016., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, t. 27.).

24 Iz toga slijedi da protutužba uspješnog ponuditelja ne može dovesti do odbačaja tužbe neuspješnog ponuditelja ako se valjanost ponude svakog gospodarskog subjekta osporava u okviru istog postupka, jer u takvoj situaciji svaki konkurent može isticati valjan interes za isključivanje drugih ponuda, što može dovesti do utvrđivanja nemogućnosti javnog naručitelja da odabere valjanu ponudu (presude od 4. srpnja 2013., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, t. 33., i od 5. travnja 2016., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, t. 24.).

25 Načelo na kojem se temelje presude navedene u prethodnoj točki, prema kojem se interesi koji se štite u okviru tužbe za međusobno isključenje u načelu smatraju jednakovrijednima, očituje se u odnosu na sudove kojima su te tužbe podnesene kao obveza da, primjenjujući domaće postupovne propise koji predviđaju prioritetno ispitivanje protutužbe koju je podnio neki drugi ponuditelj, ne proglase nedopuštenom glavnu tužbu za isključenje.

26 To se načelo isto tako primjenjuje kada su, kao u glavnom predmetu, drugi ponuditelji podnijeli ponude u okviru postupka javne nabave i kada se tužbe za međusobno isključenje ne odnose na takve ponude koje su slabije rangirane od ponuda koje su predmet navedenih tužbi za isključenje.

27 Naime, ponuditelju koji je, kao u ovom slučaju, rangiran na treće mjesto, i koji je podnio glavnu tužbu, treba priznati legitimni interes za isključenje ponude uspješnog ponuditelja i ponuditelja rangiranog na drugo mjesto, zato što se ne može isključiti mogućnost da, čak i ako je njegova ponuda proglašena nepravilnom, javni naručitelj zaključi da je nemoguće odabrati drugu pravilnu ponudu i stoga pokrene novi postupak.

28 Posebice, 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.

29 U tim okolnostima, dopuštenost glavne tužbe ne može biti uvjetovana, a da pritom ne povrijedi korisni 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. Ta dopuštenost ne može štoviše biti uvjetovana 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.

30 Valja još dodati i da takvo tumačenje nije dovedeno u pitanje time što se ostali ponuditelji, rangirani iza podnositelja glavne tužbe, nisu umiješali u glavni postupak. Naime, kako je Sud već imao prigodu istaknuti, 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 sudske prakse koje proizlazi iz točke 25. ove presude (vidjeti, u tom smislu, presudu od 5. travnja 2016., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, t. 29.).

31 Presuda od 21. prosinca 2016., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), koju spominje sud koji je uputio zahtjev, nije u suprotnosti s takvim tumačenjem. Naime, iako je točno da je Sud u točkama 13. do 16., 31. i 36. te presude presudio da je moguće uskratiti pristup pravnom sredstvu protiv odluke o dodjeli ugovora o javnoj nabavi ponuditelju čiju je ponudu javni naručitelj u postupku sklapanja ugovora o javnoj nabavi isključio, valja istaknuti da je u predmetu u kojem je donesena ta presuda odluka o isključenju navedenog ponuditelja bila potvrđena pravomoćnom odlukom prije nego što je sud, pred kojim je podnesena tužba protiv odluke o dodjeli ugovora o javnoj nabavi, o njoj odlučivao, zbog čega se za navedenog ponuditelja trebalo smatrati da je konačno isključen iz postupka javne nabave (vidjeti, u tom smislu, presudu od 11. svibnja 2017., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, t. 57.).

32 Međutim, u glavnom predmetu nijedan ponuditelj koji je podnio tužbu za međusobno isključenje nije bio konačno isključen iz postupka javne nabave. Prema tome, navedena presuda ni u kojem pogledu ne opovrgava načelo navedeno u prethodnoj točki.

33 Naposljetku, što se tiče načela postupovne autonomije država članica, dovoljno je podsjetiti da to načelo u svakom slučaju ne može opravdati odredbe domaćeg prava koje praktično onemogućavaju ili pretjerano otežavaju ostvarivanje pravâ koja se dodjeljuju pravnim poretkom Unije (vidjeti u tom smislu presudu od 11. travnja 2019., Porr Építési Kft., C-691/17, EU:C:2019:327, t. 39. i navedenu sudsku praksu). Iz razloga iznesenih u prethodnim točkama ove presude, iz članka 1. stavka 1., trećeg

podstavka i stavka 3. Direktive 89/665, kako ih tumači Sud, proizlazi da ponuditelju, koji je podnio tužbu poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku, ne može, na temelju odredbi domaćeg prava ili domaće sudske prakse, poput onih koje je opisao sud koji je uputio zahtjev, biti oduzeto pravo na meritorno ispitivanje te tužbe.

34 Imajući u vidu prethodna razmatranja, na postavljeno pitanje valja odgovoriti na način da članak 1. stavak 1. treći podstavak i stavak 3. Direktive 89/665 treba tumačiti na način da mu se protivi to da glavna tužba, koju je podnio ponuditelj koji ima interes za dobivanje određenog ugovora i koji je pretrpio ili bi mogao pretrpjeti štetu zbog navodne povrede prava Unije u području javne nabave ili pravila kojima se to pravo prenosi, te koja se odnosi na isključenje nekog drugog ponuditelja, bude proglašena nedopuštenom na temelju primjene nacionalnih postupovnih pravila ili sudske prakse koji se odnose na postupanje s tužbama za međusobno isključenje, bez obzira na broj sudionika u postupku javne nabave, kao i broj onih koji su podnijeli tužbu.

Troškovi

35 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (deseto vijeće) odlučuje:

Članak 1. stavak 1. treći podstavak i stavak 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 Direktivom 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007., treba tumačiti na način da mu se protivi to da glavna tužba, koju je podnio ponuditelj koji ima interes za dobivanje određenog ugovora i koji je pretrpio ili bi mogao pretrpjeti štetu zbog navodne povrede prava Unije u području javne nabave ili pravila kojima se to pravo prenosi, te koja se odnosi na isključenje nekog drugog ponuditelja, bude proglašena nedopuštenom na temelju primjene nacionalnih postupovnih pravila ili sudske prakse koji se odnose na postupanje s tužbama za međusobno isključenje, bez obzira na broj sudionika u postupku javne nabave, kao i broj onih koji su podnijeli tužbu.

Potpisi