



Zbornik sudske prakse

PRESUDA OPĆEG SUDA (drugo vijeće)

13. listopada 2015.*

„Javna nabava usluga – Postupak javne nabave – Tehnička pomoć srpskoj carinskoj upravi u okviru modernizacije carinskog sustava – Sukob interesa – Odluka Delegacije Unije u Republici Srbiji o odbijanju ponuditeljeve ponude – Prešutno odbijanje prigovora protiv odluke o odbijanju ponude“

U predmetu T-403/12,

Intrasoft International SA, sa sjedištem u Luxembourg (Luksemburg), koji zastupa S. Pappas, *avocat*,

tužitelj,

protiv

Europske komisije, koju zastupaju F. Erlbacher i E. Georgieva, u svojstvu agenata,

tuženika,

povodom, s jedne strane, zahtjeva za poništenje dopisa Komisije od 10. kolovoza 2012. koja je djelovala putem Delegacije Europske unije u Republici Srbiji, a u kojem se navodi da se ugovor o pružanju usluga u postupku javne nabave EuropeAid/131367/C/SER/RS, pod naslovom „Tehnička pomoć srpskoj carinskoj upravi u okviru modernizacije carinskog sustava“ (SL 2011/S 160-262712), ne može dodijeliti konzorciju u kojem je i društvo Intrasoft International SA član i, s druge strane, zahtjeva za poništenje navodne prešutne odluke o odbijanju prigovora koji je tužitelj podnio protiv dopisa od 10. kolovoza 2012.,

OPĆI SUD (drugo vijeće),

u sastavu: M. E. Martins Ribeiro, predsjednica, S. Gervasoni i L. Madise (izvjestitelj), suci,

tajnik: L. Grzegorzcyk, administrator,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 27. siječnja 2015.,

donosi sljedeću

* Jezik postupka: engleski

Presudu

Okolnosti spora

- 1 Tužitelj, Intrasoft International SA, društvo je sa sjedištem u Luxembourg (Luksemburg).
- 2 Dana 23. kolovoza 2011. u Dodatku *Službenom listu Europske unije* (SL 2011/S 160-262712) objavljen je poziv na nadmetanje pod oznakom EuropeAid/131367/C/SER/RS (u daljnjem tekstu: poziv na nadmetanje).
- 3 Predmet tog poziva bila je provedba postupka javne nabave usluga pod naslovom „Tehnička pomoć srpskoj carinskoj upravi u okviru modernizacije carinskog sustava“. Prvotno predviđeno razdoblje za provedbu ugovora bilo je 24 mjeseca, a maksimalni proračun iznosio je 4 100 000 eura.
- 4 Postupak javne nabave temeljio se na Instrumentu pretpristupne pomoći, uspostavljenom i uređenom Uredbom Vijeća (EZ) br. 1085/2006 od 17. srpnja 2006. o uspostavljanju Instrumenta pretpristupne pomoći (IPA) (SL L 210, str. 82.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 4., str. 284.). Taj instrument je imao za cilj pružiti pomoć mnogim državama, među kojima i Srbiji, u njihovu postupnom usklađivanju sa standardima, politikama i pravnom stečevinom Europske unije u cilju njihova budućeg članstva. Ta se pomoć, osobito, pruža putem pokretanja i sklapanja, od strane Europske komisije, ugovora o javnoj nabavi usluga koje uspješni ponuditelji pružaju državi korisnici, odnosno, u predmetnom slučaju, Srbiji.
- 5 Javni naručitelj bila je Unija, koju zastupa Komisija, djelujući putem svoje delegacije u Republici Srbiji (u daljnjem tekstu: javni naručitelj).
- 6 Sukladno pozivu na nadmetanje, ovaj potonji trebao se dodijeliti ekonomski najpovoljnijoj ponudi u ograničenom postupku koji uključuje dvije etape, to jest predizbor i sklapanje ugovora.
- 7 U okviru etape predizbora zainteresirane osobe imale su rok do 30. rujna 2011. za podnošenje svojih ponuda za natjecanje, uz određene podatke koji utvrđuju njihove financijske, tehničke i profesionalne mogućnosti za ostvarivanje predmeta ugovora. Po završetku evaluacije ponuda za natjecanje, odbor za evaluaciju trebao je sastaviti ograničeni popis natjecatelja koji ispunjavaju uvjete, od četiri do osam natjecatelja, koji će biti pozvani da sudjeluju u drugoj etapi postupka, onoj sklapanja ugovora.
- 8 U tom postupku javne nabave tužitelj je postavio pisana pitanja javnom naručitelju u skladu s točkom 3.3.5., pod naslovom „Dodatne informacije tijekom postupka“ iz *Praktičnog vodiča ugovornih postupaka u okviru vanjskog djelovanja Komisije*, koji su sastavile Komisijine službe za konkretnu provedbu financijskih pomoći trećim zemljama (u daljnjem tekstu: praktični vodič). On je, među ostalim, pitao treba li za društvo ili stručnjaka, koji namjerava sudjelovati u predmetnom postupku javne nabave, smatrati da je u sukobu interesa zbog svojeg sudjelovanja u provedbi, u okviru prethodnog postupka javne nabave, projekta EuropeAid/128180/C/SER/RS.
- 9 Elektroničkom poštom od 26. travnja 2012. javni naručitelj tužitelju je odgovorio da „društvo ili stručnjak koji je sudjelovao u provedbi projekta EuropeAid/128180/C/SER/RS i koji namjerava sudjelovati u postupku javne nabave EuropeAid/131367/C/SER/RS nije u sukobu interesa, [s obzirom na to da] postupak javne nabave EuropeAid/128180/C/SER/RS nije uključivao pripremu dokumentacije za postupak javne nabave EuropeAid/131367/C/SER/RS“.
- 10 Tužitelj je podnio zahtjev za sudjelovanje u postupku javne nabave kao sastavni dio konzorcija osnovanog sa Serbian Business Systems d.o.o. i Belit d.o.o.

- 11 Dopisom od 10. kolovoza 2012. javni naručitelj tužitelju je naveo da se ugovor ne može dodijeliti konzorciju kojeg je on sastavni dio (u daljnjem tekstu: dopis od 10. kolovoza 2012.). Taj dopis sadržavao je sljedeća utanačenja:
- tužitelj je imao privilegirani pristup određenom broju dokumenata koji su činili sastavni dio postupka javne nabave koji je bio u tijeku i koji je predstavljao polazišnu točku za određivanje aktivnosti koje je uključivao predmetni ugovor. Privilegirani pristup koji je imao bio je vezan uz njegovo sudjelovanje u izradi navedenih dokumenata u okviru prethodnog postupka javne nabave, EuropeAid/128180/C/SER/RS; stoga javni naručitelj, primjenom članka 2.3.6. praktičnog vodiča, uvjet koji se odnosi na sukob interesa smatra ispunjenim;
 - javni naručitelj mogao je detaljno utvrditi okolnosti predmetnog slučaja tek nakon pažljivog ispitivanja svake pojedinačne kandidature;
 - tužitelj je mogao istaknuti svoje neslaganje ili zahtijevati dodatne informacije do 17. kolovoza 2012., dana do kada je javni naručitelj vodio postupak sklapanja ugovora.
- 12 Elektroničkom poštom od 13. kolovoza 2012. tužitelj je od javnog naručitelja zahtijevao da ponovno ispita svoju odluku iz dopisa od 10. kolovoza 2012. o odbijanju ponude konzorcija kojeg je on bio sastavni dio te je od njega također zahtijevao odgodu postupka javne nabave u očekivanju zaprimanja više informacija o razlozima navedenog odbijanja.
- 13 Dopisom od 12. rujna 2012. javni naručitelj tužitelju je naveo da ugovor ne može dodijeliti konzorciju kojeg je on sastavni dio zbog sukoba interesa navedenog u dopisu od 10. kolovoza 2012. te mu je također priopćio ime konzorcija kojem bi ugovor trebao biti dodijeljen prema mišljenju odbora za evaluaciju (u daljnjem tekstu: dopis od 12. rujna 2012.).

Postupak i zahtjevi stranaka

- 14 Tužbom podnesenom tajništvu Općeg suda 11. rujna 2012. tužitelj je pokrenuo ovaj postupak za poništenje odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012. i navodne prešutne odluke kojom se odbija njegov prigovor.
- 15 Zasebnim aktom podnesenim tajništvu Općeg suda 21. rujna 2012. tužitelj je podnio zahtjev za suspenziju primjene odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012., navodne prešutne odluke o odbijanju njegova prigovora kao i odluke iz dopisa od 12. rujna 2012., donesene nakon podnošenja tužbe za poništenje Općem sudu.
- 16 Rješenjem od 14. studenoga 2012., Intrasoft International/Komisija (T-403/12 R, EU:T:2012:600), sudac postupka privremene pravne zaštite odbio je zahtjev za privremenu pravnu zaštitu zbog nepostojanja hitnosti.
- 17 Kako je sastav vijeća Općeg suda bio izmijenjen, sudac izvjestitelj raspoređen je u drugo vijeće, kojem je, posljedično, dodijeljen ovaj predmet.
- 18 Na temelju izvještaja suca izvjestitelja, Opći sud (drugo vijeće) odlučio je otvoriti usmeni postupak.
- 19 Opći sud je na raspravi 27. siječnja 2015. saslušao izlaganja i odgovore stranaka na pitanja koja im je usmeno postavio.
- 20 Usmeni postupak zaključen je 12. veljače 2015.

- 21 Tužitelj od Općeg suda zahtijeva da:
- poništi odluku Delegacije Unije u Republici Srbiji iz dopisa od 10. kolovoza 2012. kao i prešutnu odluku o odbijanju njegova prigovora protiv te odluke, na način da mu se odobri da sudjeluje u kasnijim etapama postupka javne nabave;
 - naloži tuženiku snošenje troškova.
- 22 Komisija od Općeg suda zahtijeva da:
- odbaci tužbu kao nedopuštenu;
 - podredno, odbije tužbu kao neosnovanu;
 - naloži tužitelju snošenje svojih troškova i plaćanje troškova Komisije u ovom stupnju kao i u postupku privremene pravne zaštite u predmetu T-403/12 R.
- 23 U odgovoru na pitanje postavljeno na raspravi, a kako je zabilježeno u zapisniku s rasprave, tužitelj je pojasnio da dopis od 12. rujna 2012., koji je javni naručitelj poslao dan nakon što je tužitelj podnio svoju tužbu Općem sudu, nije bio predmet navedene tužbe ni prilagodbe njezina tužbenog zahtjeva. S tim u vezi, tužitelj je pojasnio da je dopis od 12. rujna 2012. bio samo akt koji potvrđuje dopis od 10. kolovoza 2012. i da on, prema tome, slijedi njegovu pravnu sudbinu.

Pravo

Dopuštenost

- 24 Uvodno valja podsjetiti da su akti koji su predmet ove tužbe (u daljnjem tekstu: pobijani akti), kao prvo, dopis od 10. kolovoza 2012., u kojem se navodi da se predmetni ugovori o javnoj nabavi usluga ne mogu dodijeliti konzorciju kojeg je tužitelj sastavni dio iz razloga što je potonji bio u sukobu interesa i, kao drugo, navodna prešutna odluka o odbijanju prigovora tužitelja protiv dopisa od 10. kolovoza 2012.
- 25 Ne ističući službeno prigovor nedopuštenosti na temelju članka 114. Poslovnika Općeg suda, Komisija u odgovoru na tužbu navodi argumente koji osporavaju dopuštenost tužbe u odnosu na pobijane akte.
- 26 Ona tvrdi da dopis od 10. kolovoza 2012. ne predstavlja akt koji se može pobijati jer se njime tužitelja samo obavještava da se za njegovu ponudu za natjecanje smatra da predstavlja sukob interesa i u njemu se navode razlozi te ocjene. Jedini akt protiv kojeg se može podnijeti tužba za poništenje bila bi odluka priopćena dopisom od 12. rujna 2012., koja bi, ako ne bi bila pobijana u predviđenim rokovima, postala konačna u odnosu na tužitelja.
- 27 Kada je riječ o navodnoj prešutnoj odluci o odbijanju prigovora, Komisija poblizje određuje da rok od petnaest dana za odgovor na prigovor, naveden u točki 2.4.15.1. praktičnog vodiča, predstavlja samo „pravilo maksimalnog napora“, određeno u interesu dobre uprave, i da se, prema tome, izostanak odgovora u tom roku ne može smatrati prešutnim odbijanjem prigovora tužitelja. Naime, praktični vodič ne može ustanoviti obvezna pravila u odnosu na rokove primjenjive na podnošenje tužbe Općem sudu.
- 28 Iz ustaljene sudske prakse o dopuštenosti tužbi za poništenje proizlazi da, za kvalificiranje pobijanih akata, valja razmotriti njihovu bit kao i namjeru njihova donositelja. U tom pogledu, akti koje je moguće pobijati načelno su mjere koje konačno utvrđuju stajalište Komisije na kraju upravnog

postupka i čija je svrha proizvoditi obvezujuće pravne učinke koji mogu utjecati na interese tužitelja, isključujući međumjere čiji je cilj pripremiti konačnu odluku, a koje nemaju takve učinke (vidjeti presudu od 17. srpnja 2008., Athinaiki Techniki/Komisija, C-521/06 P, Zb., EU:C:2008:422, t. 42. i navedenu sudsku praksu).

- 29 Oblik u kojem je donesen akt ili odluka je, u načelu, irelevantan za dopuštenost tužbe za poništenje. Stoga je bez utjecaja na kvalifikaciju predmetnog akta to što on udovoljava ili ne udovoljava pojedinim formalnim zahtjevima, odnosno je li ga njegov donositelj pravilno naslovio, je li dovoljno obrazložen ili navodi li odredbe koje predstavljaju njegovu pravnu osnovu. Stoga je irelevantno to što taj akt nije određen kao „odluka“ ili što ne sadržava upućivanje na odredbe UFEU-a koje predviđaju pravne lijekove koji su na raspolaganju protiv njega (vidjeti, prema analogiji, presudu Athinaiki Techniki/Komisija, t. 28. *supra*, EU:C:2008:422, t. 43. i 44. i navedenu sudsku praksu).
- 30 Da je drukčije, Komisija bi mogla izbjeći podvrgavanje nadzoru suda Unije jednostavnim nepoštovanjem tih formalnih zahtjeva. Naime, iz sudske prakse proizlazi, s obzirom na to da je Unija zajednica prava u kojoj su njezine institucije podložne nadzoru usklađenosti svojih akata s Ugovorima, da se postupovna pravila za postupke koji se vode pred sudom Unije moraju, u najvećoj mogućoj mjeri, tumačiti na način da primjena tih pravila pridonosi provedbi cilja jamčenja učinkovite sudske zaštite prava koje pojedinci imaju na temelju prava Unije (vidjeti presudu Athinaiki Techniki/Komisija, t. 28. *supra*, EU:C:2008:422, t. 45. i navedenu sudsku praksu).
- 31 Upravo s obzirom na ta razmatranja valja, ponajprije, utvrditi jesu li, kao što to tvrdi tužitelj, pobijani akti, navedeni u točki 24. *supra*, akti koji negativno utječu na prava tužitelja i koji stoga mogu biti predmet tužbe za poništenje.

Dopuštenost tužbe protiv dopisa od 10. kolovoza 2012.

- 32 Obvezujuće pravne učinke akta treba ocijeniti s obzirom na objektivne kriterije, kao što je sadržaj tog akta (vidjeti, prema analogiji, presudu od 20. ožujka 1997., Francuska/Komisija, C-57/95, Zb., EU:C:1997:164, t. 9.), uzimajući u obzir, ovisno o slučaju, kontekst usvajanja potonjeg (vidjeti, prema analogiji, rješenje od 13. lipnja 1991., Sunzest/Komisija, C-50/90, Zb., EU:C:1991:253, t. 13., i presudu od 26. siječnja 2010., Internationaler Hilfsfonds/Komisija, C-362/08 P, Zb., EU:C:2010:40, t. 58.) kao i ovlasti institucije autora akta (vidjeti, prema analogiji, presudu od 1. prosinca 2005., Italija/Komisija, C-301/03, Zb., EU:C:2005:727, t. 28.).
- 33 U predmetnom slučaju valja ispitati može li se dopis od 10. kolovoza 2012., s obzirom na njegov sadržaj, činjenični i pravni kontekst u kojem se nalazi kao i ovlast kojom raspolaže tijelo koje ga je donijelo, smatrati odlukom koja negativno utječe na prava tužitelja.
- 34 U tom pogledu, valja uvodno istaknuti, kao prvo, da u predmetnom slučaju nije sporno da su pobijani akti, koje je izradila Delegacija Unije u Republici Srbiji, pripisivi Komisiji, koja je stoga legitimni tuženik u ovoj tužbi. Naime, kao što to tužitelj ispravno i tvrdi, iz sudske prakse Općeg suda proizlazi da akti koje je donijela navedena delegacija, djelujući u svojstvu dužnosnika za ovjeravanje na temelju daljnjeg delegiranja ovlasti od strane Komisije, ne omogućuju toj delegaciji priznanje svojstva tuženika pa su, u predmetnom slučaju, ti akti pripisivi Komisiji (vidjeti, u tom smislu, rješenje od 4. lipnja 2012., Elti/Delegacija Unije u Crnoj Gori, T-395/11, Zb., EU:T:2012:274, t. 64.).
- 35 Kao drugo, nije sporno ni da je tužitelj, kao član konzorcija, adresat akata koji su mu upućeni zbog transparentne strukture navedenog konzorcija s obzirom na njegove članove (vidjeti, u tom smislu, presudu od 19. ožujka 2010., Evropaiki Dynamiki/Komisija, T-50/05, Zb., EU:T:2010:101, t. 40.).

- 36 Govoreći, kao prvo, o sadržaju dopisa od 10. kolovoza 2012., valja podsjetiti da u njemu stoji sljedeće:
- „Sa žaljenjem Vas obavještavam [...] da je utvrđeno da Vaša ponuda za natjecanje dovodi do sukoba interesa i [da se ugovor] stoga ne može dodijeliti Vašem konzorciju. Javni naručitelj došao je do zaključka da se ugovor ne može dodijeliti konzorciju [kojega ste sastavni dio] jer se nalazite u sukobu interesa. Javni naručitelj, u skladu s točkom 2.3.6. [praktičnog vodiča], utvrđuje da su ispunjeni uvjeti [koji utvrđuju] postojanje sukoba interesa [...]“
- 37 Stoga iz samog teksta tog dopisa proizlazi da njegov autor nije tužitelja obavijestio samo, kao što to tvrdi Komisija, o svojoj namjeri da ga isključi iz sklapanja ugovora, nego mu je također priopćio i odluku da se ugovor neće dodijeliti ni konzorciju kojega je sastavni dio.
- 38 Taj zaključak nije dovelo u pitanje navođenje u dopisu od 10. kolovoza 2012. roka u kojem se javnom naručitelju može izraziti svoje neslaganje ili u kojem se od njega mogu zahtijevati dodatne informacije. Takvo navođenje se, u skladu s odredbama iz točke 2.4.15.1. praktičnog vodiča, s jedne strane, osobito odnosi na davanje mogućnosti adresatu akta da postavljanjem prigovora zaštititi svoje interese na koje negativno utječe predmetna odluka, bez potrebe da se pokreće postupak i, s druge strane, na davanje mogućnosti adresatu da dobije pojašnjenje već donesene odluke.
- 39 Nadalje, mogućnost podnošenja prigovora, kao što je to posebno navedeno u točki 2.4.15.3. praktičnog vodiča i u bilješci s objašnjenjem na koju se upućuje u toj točki, ne uskraćuje adresatu akta pravo na njegovo osporavanje pred Općim sudom u rokovima izričito propisanim pravom Unije (vidjeti, u tom smislu, presudu od 15. rujna 2011., CMB i Christof/Komisija, T-407/07, EU:T:2011:477, t. 103.). Iz toga slijedi da takva mogućnost ne oslobađa tužitelja od obveze poštovanja navedenih rokova za podnošenje tužbe za poništenje Općem sudu.
- 40 Kao drugo, govoreći o kontekstu dopisa od 10. kolovoza 2012., valja istaknuti da se potonji odnosi na evaluaciju uvjeta isključenja ponuditelja odabranih za sklapanje ugovora, poput onih navedenih u točki 2.3.3. praktičnog vodiča, u skladu s naznakom iz stavka 15. poziva na nadmetanje. Takva evaluacija završena je naznakom da se ugovor ne može dodijeliti konzorciju kojeg je tužitelj sastavni dio. Naime, iz sadržaja spisa ne proizlazi da je nakon dopisa od 10. kolovoza 2012. evaluacija ponude konzorcija kojeg je tužitelj sastavni dio bila ponovno izvršena.
- 41 Valja dodati da je, u dopisu od 10. kolovoza 2012., njegov autor istaknuo da će, ako nema osporavanja ili zahtjeva za dodatne informacije, „nastaviti s postupkom sklapanja ugovora u skladu s pravilima praktičnog vodiča“. Međutim, valja primijetiti da dopis od 12. rujna 2012., koji je tužitelju poslan dan nakon podnošenja tužbe Općem sudu, sadržava ime uspješnog ponuditelja kojeg je predložio odbor za evaluaciju. Iz toga slijedi da je javni naručitelj, neovisno o tužiteljevom zahtjevu za odgodu postupka javne nabave u tijeku u prigovoru od 13. kolovoza 2012., nastavio s postupkom te je, između natjecatelja koji su ostali, odabrao potencijalnog uspješnog ponuditelja.
- 42 S tim u vezi, valja dodati da se navođenje, u posljednjem redu dopisa od 12. rujna 2012., pravnih sredstava na raspolaganju za osporavanje predmetne odluke, u skladu s točkom 2.4.15. praktičnog vodiča, može tumačiti kao da upućuje na mogućnost osporavanja odluke o dodjeli ugovora drugom natjecatelju. Stoga predmetna naznaka nije odlučujuća za kvalifikaciju dopisa od 12. rujna 2012. kao konačne odluke o isključivanju tužitelja. Nasuprot tomu, takva naznaka dokazuje, još jednom, i kao što to s pravom tvrdi tužitelj, da postupak javne nabave nije bio odgođen i da je bio okončan odabirom potencijalnog uspješnog ponuditelja od strane odbora za evaluaciju.
- 43 Slijedom navedenog, valja utvrditi da je, s obzirom na kontekst dopisa od 10. kolovoza 2012., njegov autor zauzeo stajalište o sposobnosti tužitelja za sudjelovanje u fazi sklapanja ugovora, da je također istaknuo da je tužitelj u sukobu interesa i da je, prema tome, utvrdio da se ugovor ne može dodijeliti konzorciju kojeg je tužitelj sastavni dio.

- 44 Kao treće i posljednje, kada je riječ o ovlastima koje autor pobijanog dopisa ima na raspolaganju, odnosno Delegacija Unije u Republici Srbiji, kako je i istaknuto u točki 5. *supra*, potonji je djelovao u svojstvu javnog naručitelja na temelju daljnjeg delegiranja ovlasti od strane Komisije. Prema tome, predmetni akt ne predstavlja jednostavno mišljenje odbora za evaluaciju o uvjetima isključenja ponuditelja zbog sukoba interesa, nego odluku javnog naručitelja koja kao takva može proizvesti obvezujuće pravne učinke za svojeg adresata.
- 45 Iz svih prethodnih razmatranja proizlazi da je, s obzirom na svoj sadržaj, činjenični i pravni kontekst u kojem se nalazi kao i ovlasti kojima raspolaže tijelo koje ga je donijelo, dopis od 10. kolovoza 2012. mogao proizvesti pravne učinke koji negativno utječu na interese tužitelja, tako da je riječ o aktu koji negativno utječe na prava tužitelja i koji može biti predmet tužbe za poništenje pred Općim sudom.
- 46 Protivno onome što tvrdi Komisija, tužitelj je, suočen s aktom koji negativno utječe na njegova prava, u smislu sudske prakse navedene u točkama 28. do 30. i 32. *supra*, pravilno podnio ovu tužbu u rokovima koji se računaju od donošenja navedenog akta. Nije morao čekati na odgovor na svoj prigovor od 13. kolovoza 2012. da bi podnio ovu tužbu, što proizlazi iz sudske prakse navedene u točki 39. *supra* i, štoviše, iz točaka 2.4.15.1. i 2.4.15.3. praktičnog vodiča.
- 47 Budući da je dopis od 10. kolovoza 2012. bio kvalificiran kao akt koji se može pobijati, valja odgovoriti na Komisijine argumente da dopis od 12. rujna 2012. sadržava odluku koja negativno utječe na prava tužitelja, koja je, s obzirom na to da nije pobijana u rokovima za tužbu, isključenje tužitelja iz postupka javne nabave zbog sukoba interesa učinila pravomoćnim. Takav argument nalaže provjeru traje li pravni interes tužitelja, nakon što je javni naručitelj usvojio dopis od 12. rujna 2012., što pretpostavlja da tužba može svojim rezultatom donijeti korist osobi koja ju je podnijela (vidjeti, u tom smislu, rješenje od 25. lipnja 2014., Accorinti i dr./ESB, T-224/12, EU:T:2014:611, t. 68.).
- 48 S tim u vezi, iz sudske prakse proizlazi da se poništenje akta kojim se potvrđuje raniji akt podudara s poništenjem ranijeg akta, na način da poništenje ranijeg akta automatski podrazumijeva poništenje akta kojim se potvrđuje raniji akt (vidjeti, u tom smislu, presudu od 5. svibnja 1998., Ujedinjena Kraljevina/Komisija, C-180/96, Zb., EU:C:1998:192, t. 28. i navedenu sudsku praksu). Stoga, u slučaju kada potvrđena odluka nije postala konačna, zainteresirana osoba ima pravo pobijati bilo potvrđenu odluku bilo odluku kojom se potvrđuje ranija odluka bilo obje te odluke (vidjeti presudu od 16. rujna 1998., Waterleiding Maatschappij/Komisija, T-188/95, Zb., EU:T:1998:217, t. 108. i navedenu sudsku praksu).
- 49 Kao prvo, u predmetnom slučaju valja primijetiti da navođenje, iz dopisa od 12. rujna 2012., mišljenja odbora za evaluaciju o dodjeli ugovora drugom konzorciju ne može dovesti do toga da se taj dopis ima smatrati dopisom koji nadomješta dopis od 10. kolovoza 2012. što se tiče odbijanja ponude konzorcija kojeg je tužitelj sastavni dio. Naime, to navođenje ne mijenja ni obrazloženje ni sadržaj ni učinke odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012. što se, osobito, tiče isključenja tužitelja iz postupka javne nabave zbog sukoba interesa i kasnije odbijanja ponude konzorcija kojeg je sastavni dio.
- 50 Kao drugo, kada je riječ o naznaci da je javni naručitelj uzeo u obzir elemente koje je tužitelj istaknuo u svojem dopisu od 13. kolovoza 2012., valja istaknuti da, ako je točno da dopis od 12. rujna 2012. predstavlja odgovor na prigovor tužitelja, elementi na koje se potonji poziva u tom dopisu ne predstavljaju ni na koji način nove ili bitne činjenice u odnosu na one koje su već poznate javnom naručitelju u trenutku donošenja dopisa od 10. kolovoza 2012., kao što to navodi i sudska praksa u odnosu na kvalifikaciju činjenica kao „novih i bitnih“ (vidjeti, u tom smislu, presudu od 7. veljače 2001., Inpesca/Komisija, T-186/98, Zb., EU:T:2001:42, t. 50. i 51. i navedenu sudsku praksu). Naime, elementi koje je podnio tužitelj samo podsjećaju javnog naručitelja da je prethodno isključio postojanje sukoba interesa u odnosu na tužitelja obavještavajući ga o tom elementu putem elektroničke pošte od 26. travnja 2012. (vidjeti točku 9. *supra*). Štoviše, dopis od 12. rujna 2012. ne daje informacije glede eventualnog preispitivanja položaja tužitelja ili evaluacije njegove ponude koja je izvršena nakon slanja dopisa od 10. kolovoza 2012.

- 51 Osim toga, iako prema članku 149. stavku 3. četvrtom podstavku Uredbe Komisije (EZ, Euratom) br. 2342/2002 od 23. prosinca 2002. o utvrđivanju detaljnih pravila za provedbu Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 1605/2002 (SL L 357, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 3., str. 7.) ponuditelji čije su ponude odbijene imaju mogućnost pisanim putem od javnog naručitelja zatražiti da ih obavijesti o „dodatnim informacijama o razlozima zbog kojih su odbijeni“, obavijest o takvim dodatnim informacijama nema takav učinak da bi mogla zamijeniti odluku kojom je ponuda predmetnog ponuditelja odbijena s obzirom na to da se obveza obrazlaganja takve odluke može izvršiti u više etapa (vidjeti presudu od 22. svibnja 2012., Sviluppo Globale/Komisija, T-6/10, EU:T:2012:245, t. 29. i navedenu sudsku praksu).
- 52 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da je javni naručitelj svojim dopisom od 12. rujna 2012. načelno samo potvrdio stajalište već izneseno u svojem dopisu od 10. kolovoza 2012., temeljeći se na istim činjeničnim i pravnim elementima. Nijedna od informacija iz tog dopisa ne može predstavljati nov ili bitan element zbog kojeg taj dopis može poprimiti karakter odluke koja se odnosi na isključenje tužitelja i koja zamjenjuje ili nadomješta dopis od 10. kolovoza 2012.
- 53 Prema tome, dopis od 12. rujna 2012. nije ovoj tužbi, podnesenoj protiv odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012., uskratio njezinu svrhu, tako da tužiteljev pravni interes za protivljenje njegovu isključenju iz postupka javne nabave i odbijanju ponude konzorcija kojeg je sastavni dio u predmetnom slučaju postoji. Protivno onome što tvrdi Komisija i kako je već istaknuto u točki 46. *supra*, tužitelj je s pravom podnio tužbu kojom traži poništenje odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012. jer je riječ o mjeri koja povlači za sobom pravne učinke koji negativno utječu na njegove interese i koji ga obvezuju. U suprotnom, izložio bi se riziku da mu Komisija istakne prigovor nepravodnosti njegove tužbe zbog toga što je dopis od 12. rujna 2012., što tužitelj s pravom i ističe, u načelu samo akt koji potvrđuje dopis od 10. kolovoza 2012.
- 54 Naime, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da, kada tužitelj propusti rok za podnošenje pravnog sredstva protiv odluke koja je na nedvosmislen način uvela mjeru koja ima pravne učinke koji negativno utječu na njegove interese i koji ga obvezuju, on ne može postići da taj rok počne ponovno teći na način da od institucije zahtijeva da preispita svoju odluku i podnese tužbu protiv odluke o odbijanju koja potvrđuje ranije donesenu odluku (vidjeti rješenje od 10. listopada 2006., Evropaiki Dynamiki/Komisija, T-106/05, EU:T:2006:299, t. 55. i navedenu sudsku praksu).
- 55 Prema tome, tužbu kojom se traži poništenje odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012. valja proglasiti dopuštenom.

Prešutna odluka o odbijanju tužiteljevog prigovora

- 56 Što se tiče zahtjeva za poništenje navodne prešutne odluke o odbijanju tužiteljevog prigovora, valja ispitati može li se ta navodna odluka kvalificirati kao akt koji se može pobijati u smislu članka 263. UFEU-a.
- 57 S tim u vezi, valja podsjetiti da šutnja institucije pozvane da zauzme stajalište ne može, sama za sebe i kao takva, proizvesti pravne učinke, osim ako je ta posljedica izričito predviđena odredbom prava Unije. U nedostatku izričitih odredaba prava Unije kojima se određuje rok protekom kojeg se smatra donesenom prešutna odluka i kojima se definira sadržaj te odluke, šutnja institucije ne može se izjednačiti s odlukom a da se time ne dovede u pitanje sustav pravnih lijekova uspostavljen Ugovorom (presuda od 13. prosinca 1999., SGA/Komisija, T-189/95, T-39/96 i T-123/96, Zb., EU:T:1999:317, t. 26. i 27.).
- 58 Međutim, prema sudskoj praksi Općeg suda, praktični vodič samo je sredstvo za rad koje pojašnjava postupak koji se primjenjuje u određenom području i ne može, kao takav, predstavljati pravnu osnovu za podnošenje obveznog prethodnog upravnog prigovora (presuda od 8. listopada 2008., Sogelma/AER,

T-411/06, Zb., EU:T:2008:419, t. 66.). Također, u predmetnom slučaju navedeni vodič ne može predstavljati ni pravnu osnovu za uvođenje prekluzivnog roka tijelu zaduženom za davanje odgovora na prigovor. Prema tome, inercija javnog naručitelja po isteku roka određenog u točki 2.4.15.1. praktičnog vodiča ne može se smatrati prešutnom odlukom o odbijanju tužiteljevog prigovora. Usto, praktični vodič ne predviđa nijednu posljedicu isteka predmetnog roka.

- 59 S obzirom na prethodna razmatranja, tužbu treba proglasiti nedopuštenom u odnosu na zahtjev za poništenje prešutne odluke o odbijanju tužiteljevog prigovora.

Meritum

- 60 Tužitelj iznosi dva tužbena razloga u potporu svojoj tužbi. Prvi tužbeni razlog uključuje dva prigovora, jedan koji se temelji na povredi dokumentacije za nadmetanje za predmetni postupak javne nabave, drugi koji se temelji na povredi načela dobre uprave. U drugom tužbenom razlogu tužitelj navodi povredu članka 94. Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 1605/2002 od 25. lipnja 2002. o Financijskoj uredbi koja se primjenjuje na opći proračun Europskih zajednica (u daljnjem tekstu: financijska uredba) (SL L 248, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 2., str. 145.).
- 61 Valja najprije ispitati drugi tužbeni razlog.
- 62 U okviru drugog tužbenog razloga, koji se temelji na povredi članka 94. financijske uredbe, tužitelj ističe, s jedne strane, kao prvi prigovor, da nije mogao podnijeti svoja očitovanja prije nego što je konačno isključen iz postupka javne nabave i, s druge strane, kao drugi prigovor, da nije pružen nijedan učinkovit dokaz u potporu postojanju sukoba interesa koji se na njega odnosi. Poziva se na sudsku praksu Općeg suda vezano uz primjenu članka 94. financijske uredbe (presuda od 18. travnja 2007., Deloitte Business Advisory/Komisija, T-195/05, Zb., EU:T:2007:107, t. 67.) kao i na točku 2.3.6. praktičnog vodiča da bi tvrdio da se isključenje ponuditelja mora načelno temeljiti na stvarnom riziku od postojanja sukoba interesa, potkrijepljenom specifičnim okolnostima predmetnog slučaja, ostavljanjem zainteresiranoj osobi mogućnosti da dokazuje nepostojanje sukoba interesa.
- 63 Kada je riječ, osobito, o elementima koji omogućuju isključivanje postojanja sukoba interesa, tužitelj naglašava da nije sudjelovao u izradi dokumentacije za nadmetanje niti uvjeta vezanih za projekt postupka javne nabave EuropeAid/131367/C/SER/RS. Štoviše, tužitelj ističe da je imao u posjedu samo one elemente koji su stavljeni na raspolaganje svim ponuditeljima. Prema tome, prema mišljenju tužitelja, činjenica da je sudjelovao u izradi određenih dokumenata u okviru drugog postupka javne nabave, pri čemu ta izrada nije izvršena radi nove javne nabave, ne može predstavljati samo za sebe dovoljan razlog da se donese zaključak o postojanju sukoba interesa u odnosu na njega. Osim toga, on smatra da iz sudske prakse Suda (presuda od 3. ožujka 2005., Fabricom, C-21/03 i C-34/03, Zb., EU:C:2005:127) proizlazi da iskustvo stečeno na temelju prijašnjeg ugovora ne može narušavati tržišno natjecanje jer bi u tom slučaju većina ponuditelja zbog toga morala biti isključena iz novih postupaka javne nabave.
- 64 Komisija ističe da je dopis od 10. kolovoza 2012. pružio tužitelju izričito mogućnost da pojasni svoju situaciju prije donošenja odluke iz dopisa od 12. rujna 2012. Štoviše, iz tog posljednjeg dopisa proizlazi da je javni naručitelj „pomno uzeo u obzir elemente koje je [tužitelj] iznio u [svojem] dopisu [...] od 13. kolovoza [2012.]“ te da je svoju odluku temeljio na analizi konkretnih ponuda.
- 65 U odnosu na dokaze predmetnog sukoba interesa, Komisija tvrdi, kao što i proizlazi iz dopisa od 12. rujna 2012., da je određen broj dokumenata koje je tužitelj sastavio u okviru prethodne javne nabave bio priložen dokumentaciji za nadmetanje novog postupka javne nabave. Ti dokumenti „poslužili su kao osnova za relevantan dio aktivnosti koji su bili predmet postupka javne nabave koji je u tijeku“. Komisija ne osporava, kao što to tvrdi tužitelj, da su dokumenti bili svim potencijalnim natjecateljima na raspolaganju. Ona, međutim, odgovara da je tužitelj imao pristup navedenim

dokumentima prije ostalih ponuditelja, što mu je dalo prednost u natjecanju, osobito kod traženja kvalificiranih stručnjaka. Nadalje, bez isticanja da je o tome riječ u predmetnom slučaju, Komisija sugerira da je sudjelovanjem u njihovoj izradi tužitelj bio u mogućnosti da sastavi predmetne dokumente, što mu je donijelo prednost u natjecanju za predmetni ugovor.

66 Naposljetku, sudska praksa koju tužitelj navodi (presuda *Fabricom*, t. 63. *supra*, EU:C:2005:127, t. 29. i 36.) ne podržava tezu potonjeg, nego više potkrepljuje Komisijino stajalište, a to je da se osoba koja je sudjelovala u određenim pripremnim radovima može smatrati privilegiranom prilikom formuliranja svoje ponude zbog informacija koje je mogla dobiti oko predmetne javne nabave izvršavanjem navedenih pripremnih radova. Međutim, svi ponuditelji moraju imati iste izgleda u formuliranju uvjeta svojih ponuda. Zbog toga Komisija smatra dovoljnom činjenicu da je utvrdila postojanje rizika koji se odražava u natjecateljskoj prednosti za tužitelja, bez potrebe dokazivanja da je navedena prednost imala konkretne posljedice u predmetnom slučaju.

67 Valja istaknuti da je provedba javne nabave usluga od strane Komisije uređena odredbama glave V. prvog dijela financijske uredbe.

68 Pravna osnova dopisa od 10. kolovoza 2012. nalazi se u članku 94. financijske uredbe, preuzetom u točki 15. dokumentacije za nadmetanje. Predmetna uredba se, prema vlastitom izričaju, primjenjuje na sve ugovore o javnoj nabavi koji se u cijelosti ili djelomično financiraju iz proračuna Zajednice, a sada Unije.

69 Članak 94. financijske uredbe sadržava sljedeće odredbe:

„Ugovori se ne smiju dodijeliti natjecateljima ili ponuditeljima koji se nalaze u sljedećim situacijama tijekom postupka javne nabave:

(a) kod kojih postoji sukob interesa [...]"

70 Stavak 15. dokumentacije za nadmetanje, pod naslovom „Razlozi isključenja“, propisuje:

„Ponuditelji moraju zajedno s ponudom dostaviti potpisanu izjavu, sačinjenu na tipskom obrascu, koja potvrđuje da se ne nalaze ni u jednoj od situacija koje su razlog za isključenje nabrojanih u točki 2.3.3. [praktičnog vodiča].“

71 Sukladno točki 2.3.3. praktičnog vodiča:

„Ugovori se ne smiju dodijeliti natjecateljima, podnositeljima zahtjeva ili ponuditeljima koji se nalaze u sljedećim situacijama tijekom postupka javne nabave:

(a) kod kojih postoji sukob interesa;

[...]

Valja podsjetiti, prije predlaganja (odbor za evaluaciju) i donošenja odluke (javni naručitelj) o isključivanju natjecatelja/ponuditelja/podnositelja zahtjeva, da se načela kao što su prava obrane i proporcionalnost moraju poštovati. U tu svrhu, osim ako su dokazi takvi da nijedno drugo pitanje nije potrebno (primjerice, ako natjecatelj/ponuditelj/podnositelj zahtjeva izričito priznaje činjenice koje dovode do isključenja), isključenje će se temeljiti na kontradiktornom postupku s predmetnim natjecateljem/ponuditeljem/podnositeljem zahtjeva.“

72 U točki 2.3.6. praktičnog vodiča, navedenoj u dopisu od 10. kolovoza 2012., nalazi se sljedeće pojašnjenje pojma sukoba interesa:

„Sukob interesa: sukob interesa postoji ako je ugroženo nepristrano i objektivno obnašanje funkcije javnog naručitelja ili načelo jednakog postupanja s natjecateljem/ponuditeljem/podnositeljem zahtjeva prilikom postupka sklapanja ili izvršenja ugovora iz obiteljskih ili emocionalnih razloga, političkih ili nacionalnih sklonosti, ekonomskog interesa ili bilo kojeg drugog zajedničkog interesa s korisnikom programa koje financira [Unija]. Rizik sukoba interesa postoji ako, primjerice, pojedinac koji sudjeluje u postupku (odbor za evaluaciju, javni naručitelj, itd.) može sam sebi ili drugima dodijeliti izravnu ili neizravnu neopravdanu prednost utjecanjem na rezultat postupka; ili kada stručnjak/društvo [ima] mogućnost dobivanja privilegiranih informacija koji dovode do nelojalnog natjecanja u kasnijim ili povezanim postupcima.

Primjerice, svako društvo ili svaki stručnjak koji sudjeluje u pripremi nekog projekta (primjerice, u izradi uvjeta javne nabave) treba, općenito, biti isključen iz sudjelovanja u postupcima javne nabave koji iz tih priprema proizlaze, osim ako pruži javnom naručitelju dokaz da [njegova] upletenost u etapama koje prethode postupku javne nabave ne predstavlja nelojalno natjecanje.

Natjecatelje/ponuditelje/podnositelje zahtjeva koji su u sukobu interesa u okviru postupka sklapanja ugovora/dodjele bespovratnih sredstava treba isključiti iz navedenog postupka. Razloge za isključenje treba analizirati od slučaja do slučaja. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda Europske unije, isključenje se mora temeljiti na postojanju stvarnog rizika od sukoba interesa, potkrijepljenog specifičnim okolnostima predmeta o kojem je riječ. Automatsko isključenje uskraćuje natjecatelju/ponuditelju/podnositelju zahtjeva pravo na podnošenje dokaza koji mogu otkloniti svaku sumnju u sukob interesa.

[...]“

73 U predmetnom slučaju, valja ispitati može li javni naručitelj smatrati da postoji sukob interesa u dijelu u kojem se odnosi na tužitelja, s obzirom na članak 94. točku (a) financijske uredbe, kako ga tumači sudska praksa, na temelju elemenata koji su mu bili na raspolaganju u trenutku donošenja odluke iz dopisa od 10. kolovoza 2012.

74 S tim u vezi, važno je podsjetiti da članak 94. financijske uredbe ne omogućuje isključivanje ponuditelja iz provedbe postupka javne nabave osim u situaciji sukoba interesa koja je stvarna i koja nije hipotetska. To ne znači da rizik od sukoba interesa nije dovoljan za isključivanje ponude. Naime, načelno se tek prilikom izvršenja ugovora sukob interesa može konkretizirati. Prije zaključivanja ugovora sukob interesa može biti samo potencijalan pa stoga navedena odredba financijske uredbe podrazumijeva ocjenu rizika. Međutim, taj rizik treba biti doista utvrđen, nakon konkretne ocjene ponude i situacije ponuditelja, kako bi potonji mogao biti isključen iz postupka. Sama mogućnost sukoba interesa ne može biti za to dovoljna (presuda Deloitte Business Advisory/Komisija, t. 62. *supra*, EU:T:2007:107, t. 67.).

75 Pojam sukob interesa objektivnog je karaktera i u svrhu njegova utvrđivanja valja zanemariti namjere zainteresiranih osoba, osobito njihovu dobru vjeru (vidjeti presudu od 20. ožujka 2013., Nexans Francuska/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, Zb., EU:T:2013:141, t. 115. i navedenu sudska praksu).

76 Ne postoji apsolutna obveza nametnuta javnim naručiteljima da sustavno isključe ponuditelje koji su u sukobu interesa jer takvo isključenje nije opravdano u slučajevima u kojima je moguće dokazati da ta situacija nema utjecaja na njihovo ponašanje u okviru postupka javne nabave i da ne postoji stvarni rizik od nastanka prakse koja može narušavati natjecanje između ponuditelja. Nasuprot tomu, nužno

je isključiti ponuditelja koji je u sukobu interesa kada ne postoji prikladnije rješenje kako bi se izbjegla svaka povreda načela jednakog postupanja među ponuditeljima i transparentnosti (presuda Nexans Francuska/Entreprise commune Fusion for Energy, t. 75. *supra*, EU:T:2013:141, t. 116. i 117.).

- 77 Naime, prema ustaljenoj sudskoj praksi, javni naručitelj dužan je u svakoj fazi postupka javne nabave brinuti o poštovanju načela jednakog postupanja i, slijedom toga, o poštovanju jednakih mogućnosti svih ponuditelja (vidjeti presudu od 12. srpnja 2007., Evropaiki Dynamiki/Komisija, T-250/05, EU:T:2007:225, t. 45. i navedenu sudsku praksu).
- 78 Konkretno, načelo jednakih mogućnosti, prema sudskoj praksi, obvezuje da svi ponuditelji imaju iste izgleda u formulaciji pojmova svojih ponuda i podrazumijeva stoga da za sve ponuditelje vrijede isti uvjeti. Što se tiče načela transparentnosti, koje je povezano s načelom jednakih mogućnosti, ono u bitnome ima cilj jamčiti nepostojanje opasnosti od favoriziranja i arbitrarnosti javnog naručitelja. Ono podrazumijeva da su svi uvjeti i detaljna pravila o postupku sklapanja ugovora formulirani na jasan, precizan i nedvosmislen način, u pozivu na nadmetanje ili u dokumentaciji za nadmetanje (presuda od 9. rujna 2009., Brink's Security Luxembourg/Komisija, T-437/05, Zb., EU:T:2009:318, t. 114. i 115.). Načelo transparentnosti podrazumijeva, osim toga, da su sve relevantne tehničke informacije za dobro shvaćanje poziva na nadmetanje ili dokumentacije za nadmetanje, što je prije moguće, na raspolaganju svim poduzetnicima koji sudjeluju u javnoj nabavi, tako da se, s jedne strane, omogući svim razumno obaviještenim i prosječno pažljivim ponuditeljima da razumiju njihov točan opseg i protumače ih na isti način i, s druge strane, da se omogući javnom naručitelju da provjeri odgovaraju li stvarno ponude ponuditelja kriterijima koji uređuju ugovor o kojem je riječ (vidjeti presudu od 29. siječnja 2014., European Dynamics Belgium i dr./EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, t. 60. i navedenu sudsku praksu).
- 79 Iz sudske prakse navedene u točkama 74. do 78. *supra* proizlazi da rasuđivanje sukoba interesa zahtijeva konkretnu ocjenu, s jedne strane, ponude i, s druge strane, situacije predmetnog ponuditelja i da je isključenje tog ponuditelja rješenje koje osigurava poštovanje načela transparentnosti i načela jednakih mogućnosti ponuditelja.
- 80 U svrhu utvrđivanja je li u predmetnom slučaju došlo do povrede članka 94. financijske uredbe valja dakle ispitati, u okviru objektivne analize koja zanemaruje namjere tužitelja, proizlazi li rizik od sukoba interesa iz situacije potonjeg i iz konkretne ocjene njegove ponude.
- 81 Kao prvo, valja podsjetiti da, prema mišljenju Komisije, isključenje tužitelja zbog sukoba interesa ima za cilj osiguranje poštovanja načela jednakog postupanja s ponuditeljima. S tim u vezi, Komisija tvrdi da je tužitelj imao pristup, prije ostalih, određenim dokumentima koji su se koristili kao temelj za dio aktivnosti povezanih s predmetnim projektom postupka javne nabave zbog toga što je tužitelj bio sastavni dio konzorcija koji je izradio predmetne dokumente u okviru drugog postupka javne nabave. Iz dopisa od 10. kolovoza 2012. proizlazi da je taj pristup učinio tužitelju dostupnima „privilegirane informacije“ u smislu točke 2.3.6. praktičnog vodiča. Komisija stoga smatra, u skladu s onime što stoji u predmetnom dopisu, da je taj pristup prije drugih ponuditelja tužitelju dodijelio konkurentsku prednost u odnosu na njih.
- 82 Međutim, ne može se prihvatiti da se rizik od postojanja sukoba interesa može temeljiti na jednostavnoj činjenici da je tužitelj imao pristup, prije drugih ponuditelja, dokumentima iz drugog postupka javne nabave zbog svoje pripadnosti konzorciju koji je sastavio te dokumente koji su kasnije korišteni kao referenca za aktivnosti povezane s predmetnim postupkom javne nabave u predmetnom slučaju.
- 83 Naime, Komisijin argument da je tužitelj, kao sastavni dio konzorcija koji je sastavio predmetne dokumente, mogao na taj način utjecati na izradu tako što je sebi dodijelio konkurentsku prednost za predmetni postupak javne nabave ne može se prihvatiti. Slijedom navedenog, iz sudske prakse navedene u točkama 74. i 75. *supra* jasno proizlazi da sukob interesa mora biti objektivnog karaktera koji zahtijeva zanemarivanje namjera zainteresiranih osoba te da sama mogućnost sukoba interesa ne

može biti dovoljna jer navedeni rizik treba biti stvarno utvrđen u predmetnom slučaju. Stoga se rizik od postojanja sukoba interesa ne može temeljiti na jednostavnoj pretpostavci da je tužitelj, u trenutku izrade predmetnih dokumenata u okviru drugog postupka javne nabave, bio upoznat s namjerom javnog naručitelja da objavi novi poziv na nadmetanje i s njegovom namjerom da odabere dokumente koje je sastavio konzorcij kojeg je sastavni dio kao temelj za određene aktivnosti na koje se odnosi javna nabava o kojima je riječ u novom postupku javne nabave.

- 84 U smislu sudske prakse navedene u točki 66. *supra* kao i točke 2.3.6. praktičnog vodiča, rizik od postojanja sukoba interesa postoji u odnosu na osobu koja, kao zadužena za pripreme radove u okviru javne nabave, sudjeluje u toj istoj javnoj nabavi. S tim u vezi, valja naglasiti da je Sud, kada je u točki 29. presude *Fabricom*, t. 63. *supra* (EU:C:2005:127) koristio izraz „pripremljeni radovi“, upućivao na one radove koji su izvršeni u okviru jednog i istog postupka javne nabave.
- 85 Stoga Komisija izradu dokumenata sastavljenih u okviru drugog postupka javne nabave nije mogla osnovano izjednačiti s pretpostavkom pripremljenih radova koji spadaju u predmetni postupak javne nabave u smislu sudske prakse navedene u točki 63. *supra*, osim radi objektivnog i konkretnog dokazivanja, s jedne strane, da su navedeni dokumenti bili pripremljeni za predmetni postupak javne nabave i, s druge strane, da su dodijelili tužitelju stvarnu prednost. U izostanku takvog dokazivanja dokumenti koji su sastavljeni u okviru drugog postupka javne nabave i koje je kasnije odabrao javni naručitelj kao referencu za dio aktivnosti iz drukčijeg postupka javne nabave ne mogu se dakle smatrati „pripremljenim radovima“ u smislu gore navedene sudske prakse, ni u smislu točke 2.3.6. praktičnog vodiča, koji kao pripreme radove osobito identificira one radove koji se odnose na „pripremu projekta“ poput izrade dokumentacije za nadmetanje.
- 86 U predmetnom slučaju, valja utvrditi da je isključenje tužitelja iz sklapanja ugovora bilo utemeljeno na jednostavnoj činjenici da je sastavni dio konzorcija koji je sastavio dokumente za prijašnji postupak javne nabave, iako nije istaknuto da drugi ponuditelji nisu pravodobno imali pristup tim istim dokumentima. Osim toga, izrada navedenih dokumenata nije uključivala sudjelovanje tužitelja u izradi dokumentacije za nadmetanje predmetnog postupka javne nabave. Stoga nije dokazano da je tužitelj imao na raspolaganju više informacija od drugih ponuditelja, što bi predstavljalo povredu načela jednakog postupanja i transparentnosti.
- 87 Iz toga slijedi da predmetni dokumenti ne predstavljaju „privilegirane informacije“ u smislu točke 2.3.6. praktičnog vodiča. Isključenje tužitelja, protivno onome što navodi Komisija, nije obuhvaćeno navedenom točkom praktičnog vodiča i nije stoga opravdano povredom načela jednakog postupanja i transparentnosti.
- 88 Nadalje, kvalificiranje dokumenata sastavljenih u okviru drugog postupka javne nabave kao „pripremljenih radova“ zato što ih je javni naručitelj upotrijebio kao referencu za aktivnosti povezane s kasnijim postupkom javne nabave dovelo bi do toga, kao što to s pravom ističe tužitelj, da se automatski smatra da iskustvo stečeno sudjelovanjem u prijašnjem postupku javne nabave može narušavati tržišno natjecanje.
- 89 Kao drugo, ne čini se da je odluka iz dopisa od 10. kolovoza 2012. donesena nakon konkretne ocjene ponude tužitelja. Naime, u tom dopisu samo se ističe, bez drugih preciziranja, da se rizik od postojanja sukoba interesa koji se pripisuje tužitelju, kako stoji u točki 2.3.6. praktičnog vodiča, mogao valjano utvrditi samo nakon ispitivanja ponuda za natjecanje ponuditelja od slučaja do slučaja.
- 90 Međutim, pozivanje na ispitivanje „od slučaja do slučaja“, kao u dopisu od 10. kolovoza 2012., preuzima tekst točke 2.3.6. praktičnog vodiča, koji se temelji na sudskoj praksi navedenoj u točki 74. *supra*. Međutim, valja utvrditi da takvo upućivanje ne podupire nijedan dokaz koji bi dokazao da je došlo do takvog konkretnog ispitivanja.

- 91 S tim u vezi, važno je naglasiti da je Komisija u odgovoru na tužbu prvi put istaknula pretpostavku, a da to nije istaknula u dopisu od 10. kolovoza 2012., da je tužitelj zbog svoga navodnog „privilegiranog pristupa“ određenim dokumentima odabranima da posluže kao temelj za znatan dio aktivnosti koje su predmet ugovora koji je u tijeku mogao imati konkurentsku korist u odabiru kvalificiranih stručnjaka za izvršavanje navedene aktivnosti.
- 92 Međutim, s jedne strane, Komisija ne pruža nikakav dokaz koji bi omogućio provjeru proizlazi li iz formulacije ponude tužitelja da je imao na raspolaganju više informacija od drugih ponuditelja s obzirom na to da nije sporno, kako je i precizirano u točki 86. *supra*, da su predmetni dokumenti sastavljeni u okviru drugog postupka javne nabave, da ne uključuju izradu dokumentacije za nadmetanje predmetnog postupka javne nabave i da su ih imali na raspolaganju svi ponuditelji u okviru ovog postupka javne nabave.
- 93 S druge strane, kada je riječ o Komisijinom argumentu vezano uz izbor kvalificiranih stručnjaka, valja utvrditi da u spis nije podnesen nijedan element koji bi mogao dokazati vezu između predmetnih dokumenata i navedenog izbora tužitelja, niti *a fortiori* da bi navedeni izbor imao utjecaj na izgleda za uspjeh ponude tužitelja.
- 94 Iz svih prethodnih razmatranja proizlazi da javni naručitelj nije imao osnova za ocjenu da se rizik od postojanja sukoba interesa u odnosu na tužitelja mogao utvrditi nakon konkretne ocjene ponude potonjeg. Nasuprot tomu, valja smatrati da rizik od postojanja sukoba interesa nije bio objektivno dokazan i odbijanje ponude konzorcija kojeg je tužitelj sastavni dio nije opravdano i protivno je odredbama članka 94. financijske uredbe.
- 95 Prema tome, bez potrebe ispitivanja prvog tužbenog razloga kao ni prvog prigovora iz drugog tužbenog razloga koje je istaknuo tužitelj, valja prihvatiti drugi tužbeni razlog i poništiti odluku iz dopisa od 10. kolovoza 2012. u dijelu u kojem je utvrđeno da se ugovor ne može dodijeliti konzorciju kojeg je tužitelj sastavni dio. Nasuprot tomu, kao što proizlazi iz točke 59. *supra*, zahtjev kojim se traži poništenje navodne prešutne odluke o odbijanju tužiteljevog prigovora odbacuje se kao nedopušten.

Troškovi

- 96 U skladu s člankom 134. stavkom 1. Poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku snosi troškove, ako je takav zahtjev postavljen. Budući da Komisija nije uspjela u bitnom dijelu svojeg zahtjeva, a tužitelj je postavio takav zahtjev, Komisiji valja naložiti snošenje vlastitih troškova kao i troškova tužitelja u okviru ove tužbe kao i troškova zahtjeva za privremenu pravnu zaštitu koji je potonji podnio.

Slijedom navedenoga,

OPĆI SUD (drugo vijeće)

proglašava i presuđuje:

- 1. Poništava se odluka o odbijanju ponude konzorcija kojega je društvo Intrasoft International SA član iz dopisa od 10. kolovoza 2012. koji je sastavila Delegacija Europske unije u Republici Srbiji kao delegirani javni naručitelj Europske komisije, a u pogledu postupka javne nabave EuropeAid/131367/C/SER/RS, pod naslovom „Tehnička pomoć srpskoj carinskoj upravi u okviru modernizacije carinskog sustava“.**
- 2. U preostalom dijelu tužba se odbacuje.**
- 3. Nalaže se Komisiji snošenje troškova, uključujući i troškove postupka privremene pravne zaštite.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Objavljeno na javnoj raspravi u Luxembourggu 13. listopada 2015.

Potpisi