



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA  
YVESA BOTA  
od 10. travnja 2014.<sup>1</sup>

**Predmet C-19/13**

**Ministero dell'Interno  
protiv  
Fastweb SpA**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Consiglio di Stato (Italija))

„Javna nabava – Direktiva 89/665/EEZ – Postupak pravne zaštite u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi – Izostanak uvjeta potrebnih za pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje – Ovlast tijela nadležnog za pravnu zaštitu da proglasi ugovor o dodjeli nevažećim – Doseg iznimke iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665 prema kojem to tijelo mora održati važećim ugovor – Načelo jednakog postupanja – Pravo na djelotvoran pravni lijek“

1. Ovim zahtjevom za prethodnu odluku Sud je pozvan pojasniti opseg ovlasti za poništenje i sankcioniranje priznate nacionalnom sudu člankom 2.d Direktive 89/665/EEZ<sup>2</sup> kada ustanovi da je ugovor o javnoj nabavi dodijeljen uz kršenje pravila o objavljivanju i o pozivu na nadmetanje kako zahtijeva Direktiva 2004/18/EZ<sup>3</sup>.

2. Direktiva 89/665 ima za cilj osigurati djelotvornu primjenu pravila o sklapanju ugovora o javnoj nabavi jamčeći postojanje učinkovite i brze pravne zaštite u svim državama članicama<sup>4</sup>. Izmjenom uvedenom Direktivom 2007/66 zakonodavac Unije želio je poboljšati djelotvornost tih postupaka jačanjem jamstva transparentnosti i zabrane diskriminacije. Kroz tu prizmu on je u članak 2.d Direktive 89/665 unio kazne koje trebaju biti učinkovite i odvraćajuće<sup>5</sup> tako da jamče učinkovitu sudsku zaštitu potencijalnim ponuditeljima i oštećenim gospodarskim subjektima te suzbijaju najteže povrede propisa o javnoj nabavi, to jest izravno nezakonito sklapanje ugovora.

3. Stoga, u skladu s člankom 2.d stavkom 1. točkom (a) Direktive 89/665, države članice osiguravaju da tijelo nadležno za pravnu zaštitu, neovisno o javnom naručitelju, ugovor proglasi nevažećim ako je javni naručitelj sklopio ugovor o nabavi bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* a da to nije dopušteno u skladu s Direktivom 2004/18.

1 – Izvorni jezik: francuski

2 – Direktiva Vijeća 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 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 L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.; u daljnjem tekstu: Direktiva 89/665).

3 – Direktiva 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 L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.).

4 – Vidjeti uvodnu izjavu 3. kao i članak 1. stavak 1. treći podstavak Direktive 89/665. Vidjeti također presudu Komisija/Njemačka (C-503/04, EU:C:2007:432, t. 35. i navedenu sudsku praksu).

5 – Vidjeti uvodne izjave 27. i 28. Direktive 2007/66.

4. Ovo načelo poznaje ipak iznimku iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665, čiji se doseg ovdje ispituje.

5. Ova odredba glasi kako slijedi:

„Države članice predviđaju da se stavak 1. točka (a) ovog članka ne primjenjuje ako:

- javni naručitelj smatra da je sklapanje ugovora bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* dopušteno u skladu s Direktivom 2004/18 [...],
- je javni naručitelj objavio u *Službenom listu Europske unije* obavijest kako je opisano u članku 3.a ove Direktive kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor, i
- ugovor nije sklopljen prije isteka roka od [najmanje] 10 kalendarskih dana, računajući od dana poslije dana objave te obavijesti.“

6. U skladu s člankom 3.a Direktive 89/665 javni naručitelj mora u svojoj obavijesti kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor o nabavi naznačiti svoje ime i kontaktne podatke. On mora također opisati predmet nabave i opravdati svoju odluku da sklopi ugovor bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*. Nadalje, on mora navesti ime i kontaktne podatke gospodarskog subjekta u čiju korist je donesena odluka o odabiru i, prema potrebi, druge podatke koje smatra korisnima.

7. Članak 2.d stavak 4. Direktive 89/665 nastoji olakšati korištenje predugovornih pravnih lijekova jer s obaviješću kojom se izražava namjera da sklopi ugovor<sup>6</sup> te odgodom potpisivanja ugovora tijekom minimalnog roka od deset dana sud može pravodobno ispraviti povredu pravila o sklapanju ugovora o javnoj nabavi<sup>7</sup>.

8. U zahtjevu za prethodnu odluku Consiglio di Stato (Italija) pita Sud o tumačenju i valjanosti te odredbe s obzirom na načelo jednakosti postupanja utvrđeno sudskom praksom kao temeljno načelo prava Unije i pravo na djelotvoran pravni lijek utvrđeno u članku 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja).

9. Taj je zahtjev upućen u okviru postupka između Ministero dell'Interno (Ministarstvo unutarnjih poslova) i Fastweb SpA (u daljnjem tekstu: Fastweb). Predmet ovog postupka je dodjela društvu Telecom Italia SpA (u daljnjem tekstu: Telecom Italia) ugovora o javnoj nabavi za pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga u trajanju od sedam godina i s vrijednošću od 521.500.000 eura.

10. U ovom je predmetu nesporno da Ministero dell'Interno nije poštovao pravila o sklapanju ugovora o javnoj nabavi jer je dodijelio taj ugovor putem pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*.

11. Odlukom od 8. siječnja 2013. Consiglio di Stato je odlučio da je odluka o odabiru nezakonita te ju je poništio.

6 — Ova se obavijest također zove „obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost“.

7 — Vidjeti uvodnu izjavu 28. Direktive 2007/66.

12. Međutim, Consiglio di Stato je utvrdio da je Ministero dell'Interno objavio u *Službenom listu Europske unije* obavijest kojom izražava svoju namjeru sklapanja ugovora s Telecomom Italia, u skladu sa zahtjevima iz članka 3.a Direktive 89/665. On je također priznao da je Ministero dell'Interno poštovao minimalni rok mirovanja od deset dana između odluke o odabiru i potpisivanja ugovora. Sukladno članku 2.d stavku 4. te direktive, nacionalni sud je dužan održati taj ugovor važećim, unatoč njegovoj nezakonitosti.

13. U tom si kontekstu sud koji uputio zahtjev postavlja pitanje opsega ovlasti za poništavanje i sankcioniranje koje su priznate nacionalnom sudu.

14. Consiglio di Stato je slijedom navedenog prekinuo postupak i postavio Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Treba li članak 2.d stavak 4. Direktive [89/665] tumačiti na način da je - u slučaju kad je javni naručitelj, prije izravnog sklapanja ugovora o nabavi s određenim gospodarskim subjektom odabranim bez objave poziva na nadmetanje, objavio obavijest koja se *ex ante* dobrovoljno objavljuje u *Službenom listu Europske unije* u svrhu transparentnosti te je sa sklapanjem ugovora čekao najmanje deset dana - nacionalnom sucu automatski zabranjeno, uvijek i u svakom slučaju, proglasiti ugovor nevažećim, čak i ako utvrdi povredu normi koje pod određenim uvjetima dopuštaju sklapanje ugovora o nabavi bez provođenja postupka na temelju poziva na nadmetanje?
2. Podredno, ako se članak 2.d stavak 4. Direktive [89/665] tumači tako da isključuje bilo kakvu mogućnost da se ugovor proglašava nevažećim primjenom nacionalnog prava (članka 122. Zakonika o upravnom postupku), unatoč činjenici da je sud utvrdio povredu normi koje pod određenim uvjetima dopuštaju sklapanje ugovora o nabavi bez provođenja postupka na temelju poziva na nadmetanje, je li navedena odredba Direktive [89/665] u skladu s načelima jednakosti među strankama, zabrane diskriminacije i zaštite tržišnog natjecanja te osigurava li pravo na djelotvoran pravni lijek u smislu članka 47. Povelje [...]?“

15. Stranke u glavnom postupku, talijanska, austrijska i poljska vlada te Europski parlament, Vijeće Europske unije i Europska komisija, podnijeli su očitovanja.

16. U ovom mišljenju zaključit ću da se ni svrha Direktive 89/665 niti tekst njezinog članka 2.d ne protive tome da država članica tijelima nadležnima za pravnu zaštitu prizna slobodu da ocijene opseg u kojem ugovor sklopljen bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* mora biti nevažeći kada to tijelo utvrdi da je unatoč objavi obavijesti kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor u *Službenom listu Europske unije* i poštovanju minimalnog roka mirovanja od deset dana između odluke o dodjeli i potpisivanja ugovora javni naručitelj svjesno i namjerno povrijedio pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako to zahtijeva Direktiva 2004/18.

## I – Činjenično stanje u glavnom postupku

17. Odjel za javnu sigurnost Ministero dell'Interno sklopio je 2003. s društvom Telecom Italia sporazum o upravljanju i razvoju telekomunikacijskih usluga, koji je trebao isteći 31. prosinca 2011.

18. Suočen s istekom tog sporazuma, Ministero dell'Interno je odlukom od 15. prosinca 2011. ponovno imenovao društvo Telecom Italia svojim dobavljačem i tehnološkim partnerom za upravljanje i razvoj tih usluga.

19. S obzirom na odluku o dodjeli, on je ocijenio da se može poslužiti pregovaračkim postupkom bez prethodne objave poziva na nadmetanje na temelju članka 57. stavka 2. točke (b) Zakonodavne uredbe br. 163 od 12. travnja 2006. o Zakoniku o javnim nabavama putem ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnoj nabavi usluga na temelju direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)<sup>8</sup>, kojom je u talijanski pravni poredak prenesen članak 28. stavak 1. točka (e) Direktive 2009/81/EZ<sup>9</sup>.

20. U skladu s ovom potonjom odredbom javni naručitelj smije sklapati ugovore putem pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje, „ako, iz tehničkih razloga ili razloga povezanih sa zaštitom isključivih prava, ugovor može biti sklopljen samo s određenim gospodarskim subjektom“.

21. U ovom slučaju Ministero dell'Interno zaključio je da je Telecom Italia bio jedini gospodarski subjekt koji je mogao izvršiti ugovor o uslugama iz tehničkih razloga i zbog zaštite (određenih) isključivih prava.

22. Ta je odluka podnesena pred Avvocatura Generale dello Stato, koja je 20. prosinca 2011. dala pozitivno mišljenje o zakonitosti planiranog postupka.

23. Istog je dana Ministero dell'Interno u *Službenom listu Europske unije* objavio obavijest u kojoj izražava namjeru da s društvom Telecom Italia sklopi ugovor o nabavi za „pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga Odjelu za javnu sigurnost i Karabinjerskoj postrojbi, osobito usluga fiksne i mobilne telefonije te prijenosa podataka, uz poštovanje svih uvjeta povjerljivosti i sigurnosti podataka u interesu nacionalne sigurnosti“.

24. Dana 22. prosinca 2011. Ministero dell'Interno donio je upravnu odluku pozvavši društvo Telecom Italia da se uključi u pregovarački postupak zakazan za 23. prosinca 2011.

25. Nakon isteka roka od deset dana računajući od datuma objave obavijesti u *Službenom listu Europske unije* stranke su 31. prosinca 2011. potpisale okvirni sporazum u trajanju od sedam godina i za iznos od 521.500.000 eura.

26. Obavijest o sklapanju ugovora o nabavi objavljena je u *Službenom listu Europske unije* 16. veljače 2012.

27. Fastweb je podnio tužbu za poništenje pred Tribunale amministrativo regionale per il Lazio koji je u Italiji tijelo nadležno za pravnu zaštitu protiv odluka o dodjeli ugovora o javnoj nabavi. Fastweb je zatražio da se ta odluka proglašni ništavom i nevažećom jer nisu ispunjeni uvjeti predviđeni člankom 28. stavkom 1. točkom (e) Direktive 2009/81 radi korištenja pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

28. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio prihvatio je tu tužbu. On je smatrao da podaci i okolnosti na koje se pozvao Ministero dell'Interno ne predstavljaju „tehničke razloge“ u smislu članka 57. stavka 2. točke (b) Zakonodavne uredbe br. 163/2006, nego se temelje na razlozima povezanim sa svrsishodnošću i poteškoćama koje bi mogle proizaći iz odluke o dodjeli ugovora drugom gospodarskom subjektu. Nakon što je ukinuo odluku o sklapanju ugovora Tribunale

8 — Redovni dodatak GURI-ju br. 100 od 2. svibnja 2006. Uredba kako je izmijenjena Zakonodavnom uredbom br. 152 od 11. rujna 2008. (redovni dodatak GURI-ju br. 231 od 2. listopada 2008.; u daljnjem tekstu: Zakonodavna uredba br. 163/2006).

9 — Direktive 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o usklađivanju postupaka nabave za određene ugovore o radovima, ugovore o nabavi robe i ugovore o uslugama koje sklapaju javni naručitelji ili naručitelji u području obrane i sigurnosti te izmjeni direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ (SL L 216, str. 76.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 236.), kako je izmijenjena Uredbom Komisije (EU) br. 1251/2011 od 30. studenoga 2011. (SL L 319, str. 43.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 11., str. 159.; u daljnjem tekstu: Direktiva 2009/81). Članak 28. stavak 1. točka (e) Direktive 2009/81 preuzima u bitnome identičan tekst članka 31. stavka 1. točke (b) Direktive 2004/18.

amministrativo regionale per il Lazio smatrao je da ne može proglasiti da je ugovor nevažeći jer je Ministero dell'Interno ispunio obvezu transparentnosti i poštovao minimalni rok mirovanja sukladno članku 121. stavku 5. Zakonika o upravnom postupku, koji u talijanski pravni poredak prenosi članak 2.d stavak 4. Direktive 89/665.

29. Nasuprot tome, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio smatrao je da se te odredbe ne protive proglašenju ugovora nevažećim počevši od 31. prosinca 2013., na temelju članka 122. Zakonika o upravnom postupku.

30. Ministero dell'Interno i Telecom Italia podnijeli su žalbu na navedenu presudu pred Consiglio di Stato.

31. Ovaj potonji potvrdio je ukidanje predmetne odluke o sklapanju ugovora. On je također odlučio da javni naručitelj nije po pravnim standardima dokazao da su ispunjeni uvjeti potrebni za pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje. U tom pogledu je zaključio da iz svih očitovanja i predočene dokumentacije, uključujući tehnički izvještaj, proizlazi ne toliko objektivna nemogućnost da se te usluge povjere različitim gospodarskim subjektima, već prije nesvrshodan karakter takvog rješenja, ponajprije stoga što bi prema Ministero dell'Interno takvo rješenje dovelo do promjena i troškova te bi zahtijevalo određeno vrijeme prilagodbe.

32. Nasuprot tome, Consiglio di Stato se pita o posljedicama koje mogu proisteći iz takvog ukidanja kada je riječ o učincima predmetnog ugovora, uzevši u obzir načela koja je zakonodavac Unije utvrdio u članku 2.d stavku 4. Direktive 89/665.

## II – Talijansko pravo

33. Direktiva 89/665 prenesena je u talijanski pravni poredak Zakonodavnom uredbom br. 53 od 20. ožujka 2010., čiji je sadržaj potom integriran u članak 120. i sljedeće članke Zakonika o upravnom postupku.

34. Članak 121. stavak 1. Zakonika o upravnom postupku prenosi u talijanski pravni poredak članak 2.d stavak 1. Direktive 89/665. On propisuje da sud koji poništi odluku o dodjeli proglašava ugovor nevažećim u sljedećim slučajevima, pojašnjavajući s obzirom na zahtjeve stranaka i ocjene ozbiljnosti ponašanja naručitelja i činjenične situacije, ograničava li se proglašenje nevaljanosti na preostale usluge koje se moraju pružiti na dan objave odluke ili je ono retroaktivno:

- ako je donesena konačna odluka o dodjeli bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* ili u *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, kada je takva objava obvezna na temelju Zakonodavne uredbe br. 163/2006;
- ako je donesena konačna odluka o dodjeli na temelju pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva ili na temelju odluke o neposrednoj dodjeli a da to nije dopušteno i s tom posljedicom da je izostala objava obavijesti u *Službenom listu Europske unije* ili u *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, kada je takva objava obvezna na temelju Zakonodavne uredbe br. 163/2006.

35. Članak 2.d stavak 4. Direktive 89/665 prenesen je u talijanski pravni poredak člankom 121. stavkom 5. Zakonika o upravnom postupku, koji predviđa da se nevaljanost ugovora predviđena u članku 121. stavku 1. točkama (a) i (b) ne primjenjuje kada je naručitelj:

- obrazloženim aktom donesenim prije pokretanja postupka dodjele utvrdio da Zakonodavna uredba br. 163/2006 dopušta pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* ili u *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*;

- obavijest za ugovore s dimenzijom Zajednice i s vrijednošću ispod praga objavio u *Službenom listu Europske unije* i u *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, u slučaju dobrovoljne *ex ante* transparentnosti u smislu članka 79.a Zakonodavne uredbe br. 163/2006 u kojem on objavljuje svoju namjeru sklapanja ugovora o nabavi, i
- ugovor o nabavi sklopio najranije u roku od deset dana računajući od dana nakon objavljivanja obavijesti navedene u točki (b).

36. Članak 122. Zakonika o upravnom postupku dodaje da, uz iznimku slučajeva iz članka 121. stavka 1. tog zakonika, sud koji ukine konačnu odluku o dodjeli utvrđuje mora li se ugovor o nabavi proglašiti nevažećim i od kojeg datuma, vodeći osobito računa o interesima stranaka, stvarnoj mogućnosti za tužitelja da ishodi dodjelu u svjetlu utvrđenih nepravilnosti, stadiju ispunjavanja ugovora i mogućnosti njegovog nastavka, u slučaju kada nepravilnost koja zadire u odluku o dodjeli ne podrazumijeva obvezu ponovnog pokretanja postupka i kad je podnesen zahtjev za nastavak ugovora.

37. Članak 3.a Direktive 89/665 u vezi sa sadržajem i oblikom obavijesti u slučaju dobrovoljne *ex ante* transparentnosti prenesen je člankom 79.a Zakonodavne uredbe br. 163/2006.

### III – Moja analiza

38. Odlučio sam zajedno ispitati dva pitanja koja je postavio Consiglio di Stato.

39. Ovim pitanjima on u biti pita Sud je li nacionalni sud, u skladu s člankom 2.d stavkom 4. Direktive 89/665 i u vezi s načelom jednakog postupanja i pravom na djelotvoran pravni lijek, dužan neovisno o okolnostima održati važećim ugovor sklopljen bez prethodne objave poziva na nadmetanje kada je javni naručitelj objavio obavijest kojom izražava svoju namjeru za sklapanje ugovora u *Službenom listu Europske unije* i poštovao navedenom odredbom predviđeni minimalni rok mirovanja od deset dana između odluke o odabiru i potpisivanja ugovora.

40. Mislim da nije. Naime, smatram da članak 2.d stavak 4. Direktive 89/665 ne može uspostaviti takav automatizam uz rizik da se ugrozi koristan učinak odredaba koje je zakonodavac Unije unio u okviru Direktive 2007/66 i da se povrijede određena temeljna načela koja zakonodavac priznaje u korist oštećenog gospodarskog subjekta.

41. Članak 2. Direktive 2004/18 naslovljen „Načela javne nabave“ obvezuje javnog naručitelja da se prema gospodarskim subjektima ponaša jednako i nediskriminirajuće te da postupa na transparentan način.

42. U tom okviru Sud je odlučio da načelo jednakosti postupanja s ponuditeljima ili natjecateljima predstavlja temeljno načelo prava Unije na području javne nabave<sup>10</sup>. Poštovanje navedenog načela mora omogućiti da se osigura sloboda kretanja usluga u Europskoj uniji i ima za cilj poticati razvoj zdravog i djelotvornog tržišnog natjecanja između zainteresiranih gospodarskih subjekata u svim državama članicama<sup>11</sup>. Kao što je Sud podsjetio, to se načelo zbog toga protivi svakom pregovaranju između javnog naručitelja i ponuditelja tijekom postupka javne nabave. Poštovanje načela jednakosti postupanja podrazumijeva ne samo nepostojanje diskriminacije na temelju državljanstva, nego također

10 — Vidjeti moje argumente posvećene tom načelu u točkama 34. *et seq.* mojeg mišljenja u predmetu Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

11 — Vidjeti osobito presudu Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, t. 28.). Vidjeti također presudu Wall (C-91/08, EU:C:2010:182) u kojoj je Sud pojasnio da „[članci 43. i 49. UEZ-a] i načela jednakog postupanja i zabrane diskriminacije na temelju državljanstva kao i obveza transparentnosti koja iz toga proizlazi nastoje ostvariti ciljeve identične onima iz Direktive [Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka provedbe javne nabave usluga (SL L 209, str. 1.), kako je izmijenjena Direktivom Komisije 2001/78/EZ od 13. rujna 2011. (SL L 285, str. 1.)], osobito onima koji se odnose na slobodno kretanje usluga i otvaranje nenarušenom tržišnom natjecanju u državama članicama“ (t. 48.).

obvezu transparentnosti u okviru postupka javne nabave<sup>12</sup>. Ta transparentnost ima zapravo za cilj zajamčiti u korist svih potencijalnih ponuditelja primjereni stupanj javnosti postupka dodjele, koja omogućava otvaranje tržišnom natjecanju i nadzor nad nepristranošću postupka<sup>13</sup>. Ona ima za cilj sprječavanje opasnosti od favoriziranja i samovolje javnog naručitelja tako da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta svojih ponuda imaju jednake izgleda<sup>14</sup>.

43. Takve obveze stvaraju za gospodarske subjekte prava kojima nacionalni sud mora dodijeliti djelotvornu sudsku zaštitu. Taj sud stoga mora biti u mogućnosti jamčiti potpuno izvršenje svoje odluke i donijeti djelotvorne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije kako bi se osigurala puna učinkovitost pravila u vezi s postupkom javne nabave.

44. Kako bi se zajamčila djelotvorna primjena tih načela i učinkovita sudska zaštita zainteresiranih ponuditelja od opasnosti favoriziranja i samovolje javnog naručitelja, zakonodavac Unije odlučio je Direktivom 2007/66 pojačati djelotvornost postupaka kontrole koje su u državama članicama pokrenule osobe s interesom dobivanja određenog ugovora i koje su oštećene navodnom povredom<sup>15</sup>.

45. U načelu, Direktiva 89/665 utvrđuje samo minimalne uvjete koji se trebaju ispuniti postupcima kontrole koji su uspostavljeni u nacionalnim pravnim poretcima<sup>16</sup> te sukladno uvodnoj izjavi 20. Direktive 2007/66 ne isključuje primjenu strožih kazni na temelju nacionalnog prava, poštujući u skladu s njezinom uvodnom izjavom 34. načelo autonomnog postupanja svake države članice.

46. Shodno tome, članak 1. stavak 1. Direktive 89/665 obvezuje države članice da oštećenim gospodarskim subjektima osiguraju mogućnost učinkovitog i što bržeg preispitivanja nezakonitih odluka javnih naručitelja, u skladu s uvjetima navedenima u člancima 2. do 2.f te direktive<sup>17</sup>.

47. U tu svrhu i u skladu s člankom 2. stavkom 1. navedene direktive, ovi potonji dužni su priznati tijelu nadležnom za pravnu zaštitu sljedeće ovlasti:

- ovlast donošenja privremenih mjera s ciljem ispravljanja navodnog kršenja ili sprečavanja daljnje štete dotičnim interesima;
- ovlast ukidanja nezakonito donesenih odluka, i
- ovlast priznavanja naknade štete osobama koje su pretrpjele štetu.

48. U članku 2. stavku 7. Direktive 89/665 zakonodavac Unije priznaje državama članicama slobodu da u nacionalnom pravu utvrde učinke izvršavanja tih ovlasti u odnosu na ispunjavanje predmetnog ugovora.

49. Međutim, zakonodavac Unije iz te slobode isključuje slučajeve predviđene u članku 2.d do 2.f te direktive, a osobito slučajeve kad je nacionalni sud poništio ugovor zbog povrede pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako zahtijeva Direktiva 2004/18. Shodno tome, zakonodavac Unije odabrao je u tom slučaju ograničiti ovlasti tijela nadležnog za pravnu zaštitu izričito utvrđujući učinke koji moraju pratiti poništenje takvog ugovora.

12 — Vidjeti presude Komisija/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, t. 109. i navedenu sudsku praksu) i Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, t. 49. i navedenu sudsku praksu).

13 — Vidjeti presudu Wall (EU:C:2010:182, t. 36. i navedenu sudsku praksu).

14 — Vidjeti presudu Komisija/Belgija (C-87/94, EU:C:1996:161, t. 54. do 56.).

15 — Vidjeti osobito uvodne izjave 3. i 4. te direktive. Vidjeti također presudu Komisija/Austrija (C-212/02, EU:C:2004:386, t. 20. do 22.).

16 — Vidjeti presudu Strabag i dr. (C-314/09, EU:C:2010:567, t. 33. i navedena sudska praksa).

17 — Vidjeti također presudu GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, t. 44. i navedenu sudsku praksu).

50. Stoga se člankom 2.d Direktive 89/665 naslovljenim „Nevaženje“, i to u njegovom stavku 1. točki (a), zahtijeva da tijelo nadležno za pravnu zaštitu proglasi ugovor nevažećim ako je javni naručitelj sklopio ugovor bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*, a da to nije u skladu s Direktivom 2004/18/EZ. Ovaj tekst je jasan i načelno države članice nemaju manevarskog prostora.

51. Zakonodavac Unije opravdava to ograničenje u uvodnoj izjavi 13. Direktive 2007/66 iz razloga što izravno nezakonito sklapanje ugovora prema praksi Suda predstavlja najozbiljnije kršenje prava Unije u području javne nabave<sup>18</sup>. Slijedom toga on smatra da je potrebno predvidjeti učinkovitu, proporcionalnu i odvraćajuću kaznu, zbog čega takav ugovor treba smatrati nevažećim.

52. U tim uvjetima, ako tijelo nadležno za pravnu zaštitu zaključi da je sklapanje ugovora o javnoj nabavi putem pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje nezakonito, on mora poništiti ugovor i smatrati ga nevažećim tako da se ponovno uspostavi tržišno natjecanje i stvore nove gospodarske mogućnosti za oštećeni gospodarski subjekt<sup>19</sup>.

53. Međutim, strogost tog načela ublažena je člankom 2.d stavkom 2. Direktive 89/665 jer zakonodavac Unije priznaje državama članicama slobodu da utvrde posljedice koje moraju pratiti proglašavanje ugovora nevažećim.

54. Nadalje, navedeno načelo poznaje iznimku u članku 2.d stavku 4. te direktive, čiji tekst i doseg moram ovdje protumačiti.

55. Podsjećam da u skladu s tom odredbom „države članice predviđaju da se stavak 1. točka (a) ovog članka ne primjenjuje ako“ je:

- javni naručitelj smatrao da je sklapanje ugovora o nabavi bez prethodne objave bilo dopušteno u skladu s Direktivom 2004/18,
- on ispunio obvezu prethodne transparentnosti tako što je prije potpisivanja ugovora objavio u *Službenom listu Europske unije* obavijest u slučaju prethodne dobrovoljne transparentnosti, i
- poštovao rok mirovanja od minimalno deset dana između objave u *Službenom listu Europske unije* obavijesti kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor te njegovog sklapanja.

56. Na raspravi su Parlament i Komisija potvrdili da su ti uvjeti kumulativni.

57. Iz uvodnih izjava 13., 14. i 26. Direktive 2007/66 jasno proizlazi da uvođenjem te iznimke u pravilo zakonodavac Unije želi uskladiti različite interese o kojima se radi, to jest interese oštećenog poduzetnika, čije namirenje podrazumijeva mogućnost predugovorne pravne zaštite i poništenje nezakonito sklopljenog ugovora kao i interese javnog naručitelja i odabranog poduzetnika, što podrazumijeva izbjegavanje pravne nesigurnosti koja može proizaći iz okolnosti da učinci ugovora ne postoje.

58. U članku 2.d stavku 4. Direktive 89/665 zakonodavac Unije koristi obvezujuće izraze, pa u nedostatku ikakve naznake u tom tekstu navedena odredba zahtijeva da tijelo nadležno za pravnu zaštitu održi važećim ugovor iako je poništen, ako je ispunjen svaki od tri uvjeta, i to kako bi se očuvala željena ravnoteža između različitih zainteresiranih stranaka.

18 — Vidjeti presudu Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, t. 37.).

19 — Uvodna izjava 14. Direktive 2007/66.



59. Mislim da je dodavanjem u prvotnu verziju Direktive 89/665 zasebne odredbe, koja je specifična kao i ona iz članka 2.d stavka 4., zakonodavac Unije namjeravao utvrditi pravilo koje je zajedničko i obvezno za sve države članice. Smatram da nasuprot drugim odredbama u kojima se državama članicama izričito priznaje sloboda da u okviru svoje procesne autonomije utvrde posljedice koje trebaju proizaći iz poništenja ugovora i proglašenja istog nevažećim<sup>20</sup>, članak 2.d stavak 4. Direktive 89/665 ne dopušta državama članicama određivanje strože kazne u smislu uvodne izjave 20. Direktive 2007/66, a osobito ne da proglaše ugovor nevažećim.

60. Znači li to, kao što izričito pita sud koji je uputio zahtjev, da je tijelu nadležnom za pravnu zaštitu „automatski zabranjeno, uvijek i u svakom slučaju“, proglasiti ugovor nevažećim?

61. Mislim da manevarski prostor kojim raspolaže to tijelo počiva na sudskom nadzoru koji ono provodi u odnosu na ispunjavanje uvjeta iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665, a osobito prvog uvjeta. Naime, ako navedeno tijelo utvrdi da su uvjeti iz te odredbe ispunjeni, ono je tada obvezno održati učinke ugovora na snazi u skladu s tekstem i svrhom navedene odredbe.

62. Nasuprot tome, ako tijelo nadležno za pravnu zaštitu nakon sudskog nadzora utvrdi da ti uvjeti nisu ispunjeni, ono mora tada proglasiti ugovor nevažećim u skladu s pravilom iz članka 2.d stavka 1. točke (a) Direktive 89/665 i u tom okviru raspolaže manevarskim prostorom koji mu u svom članku 2.d stavku 2. dodjeljuje ta direktiva.

63. Diskrecijski prostor kojim raspolaže tijelo nadležno za pravnu zaštitu ovisi stoga o ishodu njegovog sudskog nadzora.

64. Ističem doseg tog nadzora iz dva razloga.

65. Prvi razlog povezan je s ostvarivanjem ciljeva koje zakonodavac unije namjerava slijediti u članku 1. stavku 1. Direktive 89/655, a osobito s uspostavljanjem učinkovitih pravnih sredstava protiv odluka koje donesu javni naručitelji kršeći propise o javnim nabavama.

66. Sudski nadzor potreban je kako bi se zajamčilo načelo jednakosti postupanja i obveza transparentnosti koja iz njega proizlazi te kako bi se prema potrebi primijenila učinkovita i odvraćajuća kazna.

67. Taj je nadzor također važan ako želimo jamčiti djelotvornost pravnih lijekova koje podnese oštećeni poduzetnik u skladu s člankom 47. Povelje. Podsjećam da je u skladu s uvodnom izjavom 36. Direktive 2007/66 zakonodavac Unije preuzeo obvezu da se „[u] ovoj [...] Direktivi poštuju temeljna prava i načela priznata posebno u Povelji“, a osobito da se osigura puno poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek u skladu s člankom 47. Povelje. Međutim poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek pretpostavlja da nacionalni sudac raspolaže s diskrecijskom ovlasti u odnosu na poštovanje primjenjivog prava i u ovom slučaju u odnosu na ispunjavanje uvjeta iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665.

68. Drugi razlog povezan je s tekstem koji zakonodavac Unije koristi u sastavljanju prvog uvjeta iz članka 2.d stavka 4. prve alineje te direktive.

20 — Vidjeti osobito članak 2.d stavak 3. Direktive 89/665, koji ublažava načelo iz stavka 1. tog članka tako što „[d]ržave članice mogu predvidjeti da tijelo nadležno za pravnu zaštitu [...] ne mora smatrati ugovor nevažećim čak i ako je bio nezakonito sklopljen [...] ako je tijelo nadležno za pravnu zaštitu [...] utvrdilo da prevladavajući razlozi u vezi s općim interesom zahtijevaju da učinci ugovora trebaju ostati na snazi.“ Tekst te odredbe je jasan jer je zakonodavac Unije očito priznao nacionalnom sudu diskrecijsku ovlast u odnosu na utvrđivanje najprimjerenije kazne kada postoje važni razlozi u općem interesu.

69. Podsjećam, naime, da je u skladu s tom odredbom nacionalni sud dužan održati na snazi učinke nezakonito sklopljenog ugovora ako „javni naručitelj *smatra* da je sklapanje ugovora bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* dopušteno u skladu s Direktivom 2004/18/EZ“<sup>21</sup>.

70. Međutim, čini mi se krajnje teškim slijediti gore navedene ciljeve priznajući javnom naručitelju tako važan manevarski prostor kojim raspolaže u okviru navedene odredbe, a da ne bude podvrgnut bilo kakvom sudskom nadzoru.

71. Naime, u takvoj je situaciji taj uvjet čisto potestativan, a pravna zaštita oštećenog gospodarskog subjekta bez značaja<sup>22</sup>.

72. Prvo, taj uvjet znači da se javnom naručitelju, neovisno o tekstu, kontekstu i cilju odredaba Direktive 89/665, prepušta odluka o tome hoće li provesti poziv na nadmetanje i hoće li slijedom toga poštovati načela transparentnosti i zabrane diskriminacije iz članka 2. Direktive 2004/18, te da mu se time jamči da se ugovor sklopljen kršenjem pravila o objavi neće smatrati nevažećim ako je ipak u *Službenom listu Europske unije* objavio obavijest o svojoj namjeri sklapanja ugovora i ako je poštovao minimalni rok mirovanja od deset dana. Isključeni gospodarski subjekt zapravo će raspolagati samo mogućnošću podnošenja tužbe za naknadu štete koja će spriječiti ponovni poziv na nadmetanje za nezakonito dodijeljen ugovor.

73. Ali ovdje očito postoji paradoks.

74. Naime, podsjećam da je Direktiva 89/665 izričito namijenjena jačanju jamstava transparentnosti i zabrane diskriminacije u okviru postupaka javne nabave tako da se oštećenom gospodarskom subjektu zajamči potpuna pravna zaštita<sup>23</sup>. Osim toga, podsjećam također da je zakonodavac Unije radi sprječavanja izravnog nezakonitog sklapanja ugovora i zaštite potencijalnih ponuditelja od svojevolsnosti javnog naručitelja odlučio u Direktivi 2007/66 pojačati učinkovitost postupaka pravne zaštite<sup>24</sup>.

75. Drugo, kako stvari stoje, navedeni uvjet omogućava javnom naručitelju da neposredno sklapa ugovore o nabavi suprotno zahtjevima iz Direktive 2004/18 ispunjavajući minimalne postupovne zahtjeve i pri tome se izloži minimalnoj kazni, tako da bi mogao zloupotrijebiti prava koja su mu priznata.

76. Kao što Fastweb ističe u svojem očitovanju, time je javnom naručitelju lakše sklopiti ugovor o javnoj nabavi s poduzetnikom po svom izboru nego pristupiti redovnom pozivu na nadmetanje u skladu s pravilima o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako se zahtijeva u Direktivi 2004/18.

77. Prije svega, vremenski okvir poziva na nadmetanje je izbjegnut, a ugovor o javnoj nabavi može se brže sklopiti. Ovaj predmet savršeno dočarava ovo pitanje jer je postupak povezan s predmetnim ugovorom u trajanju od sedam godina i u iznosu od 521.500.000 eura započet 15. prosinca 2011. i dovršen 31. prosinca 2011., to jest petnaest dana kasnije.

21 — Moje isticanje. Taj tekst nalazimo u članku 2.e stavku 2. Prijedloga Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem djelotvornosti postupaka kontrole sklapanja ugovora o javnoj nabavi [COM(2006) 195 *final*], a vrlo sličan tekst i u točki 3. obrazloženja tog prijedloga koji određuje da „kada javni naručitelj *smatra* da ima pravo izravno sklopiti ugovor [...], on mora [...] odgoditi sklapanje ugovora za razdoblje od najmanje deset dana, nakon prikladnog objavljivanja putem pojednostavljene obavijesti o sklapanju ugovora“ (moje isticanje) [neslužbeni prijevod].

22 — Uvjet je „potestativan“ kada nastanak ili ispunjenje obveze ovisi samo o volji jedne ugovorne strane.

23 — Vidjeti uvodnu izjavu 3. te direktive.

24 — Presuda Komisija/Austrija (EU:C:2004:386, t. 20. do 22.).

78. Potom, sustav objavljivanja je različit. U okviru redovnog postupka poziva na nadmetanje javni naručitelj je naime obavezan objaviti obavijest o nabavi i obavijestiti svakog ponuditelja o donesenim odlukama. Prethodna objava i poziv na nadmetanje stoga su formalizirani. U okviru pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje javni je naručitelj obavezan jednostavnim obvezom objavljivanja u *Službenom listu Europske unije*, pri čemu zainteresirani poduzetnik tada ima deset dana za podnošenje predugovornog pravnog lijeka. Očito je da takvo objavljivanje ne osigurava obaviještenost zainteresirane strane kao što bi jamčila objava poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* ili pojedinačna obavijest o odlukama koje je donio javni naručitelj te se shodno tome ograničava pravna zaštita.

79. Naposlijetku, kada je dodjela ugovora nezakonita među ostalim zbog nedostatka u postupku nadmetanja, ugovor se može smatrati nevažećim. Nasuprot tome, u okviru postupka iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665, tijelo nadležno za pravnu zaštitu dužno je održati na snazi učinke ugovora sklopljenog kršenjem pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje, ako je javni naručitelj *ex ante* dobrovoljno objavio obavijest i poštovao minimalni rok mirovanja od deset dana između te objave i sklapanja ugovora. Doduše to tijelo može javnog naručitelja obvezati na naknadu štete. Međutim, određivanje odštete sprječava ponovni poziv na nadmetanje za nezakonito sklopljen ugovor.

80. Slijedom navedenog, čini mi se nužnim da u okviru sudskog nadzora uvjeta iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665 tijelo nadležno za pravnu zaštitu ocijeni ponašanje javnog naručitelja. Prema mojem mišljenju to tijelo mora osobito ispitati je li javni naručitelj djelovao u dobroj vjeri i s dužnom pažnjom u okviru sklapanja ugovora te jesu li legitimni ili jesu li bili legitimni razlozi koje je iznio za sklapanje ugovora putem pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*.

81. Takvo su mišljenje u svojim očitovanjima izrazile također talijanska i poljska vlada te Vijeće i Komisija<sup>25</sup>.

82. Naime, ne treba izgubiti iz vida da održavanje na snazi učinaka ugovora iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665 počiva na dobroj vjeri javnog naručitelja i nastoji očuvati pravnu sigurnost ugovornih strana. Zakonodavac Unije to izričito priznaje u uvodnoj izjavi 26. Direktive 2007/66 ustrajući na potrebi da se „[izbjegava] pravna nesigurnost koja bi mogla proizaći iz nevaženja“ ugovora. Sud je to izričito priznao u presudi Komisija/Njemačka<sup>26</sup>.

83. Međutim, ne može biti pravne sigurnosti ni legitimnih očekivanja kada je javni naručitelj postupao *mala fide* kod primjene pravnog pravila te kada se svjesno i namjerno ne pridržava pravila o javnoj nabavi.

84. Na raspravi je Telecom Italia iznio zamisao prema kojoj članak 2.d stavak 4. prva alineja Direktive 89/665 uopće ne obvezuje javnog naručitelja da djeluje u dobroj vjeri i s pažnjom, smatrajući da se njegova jedina obveza sastoji u davanju obrazloženja. Čvrsto odbacujem takvo tumačenje jer je dobra vjera uprave sastavni dio njezine zadaće i predstavlja temelj za legitimna očekivanja koja građani imaju glede njezinog djelovanja. Riječ je dakle o jednom od temeljnih načela koja dnevno uređuje njezino djelovanje. Stoga mi se čini očitim da članak 2.d stavak 4. prva alineja navedene direktive pretpostavlja, u svrhu njezine primjene, da je javni naručitelj djelovao u dobroj vjeri. Prema tome,

25 — Vidjeti točke 22. i 27. očitovanja koje je podnijela talijanska vlada, točku 12. očitovanja koje je podnijela poljska vlada, točku 33. očitovanja koje je podnijelo Vijeće i točku 48. očitovanja koje je podnijela Komisija.

26 — EU:C:2007:432, t. 33. i navedena sudska praksa. Vidjeti također, po analogiji, presudu Strabag i dr. (EU:C:2010:567), u kojoj je Sud pojasnio da su rokovi određeni „kako bi se izbjeglo da se natjecatelji i ponuditelji mogu u svakom trenutku pozvati na povredu propisa [o javnoj nabavi] obvezujući time javnog naručitelja da ponovno pokrene cijeli postupak radi ispravljanja tih povreda“ (t. 37. i navedena sudska praksa).

neophodno je da nacionalni sud ispita razloge koji su logično i iskreno mogli navesti javnog naručitelja na zaključak da je s pravom sklopio ugovor putem pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje te da napravi razliku između pogreške počinjene u dobroj vjeri i namjernog kršenja pravila o javnoj nabavi.

85. Tek će nakon tog ispitivanja nacionalni sud moći utvrditi najprimjereniju kaznu.

86. Postoje dakle dvije situacije.

87. Prva je ona u kojoj nacionalni sud utvrdi da je pogrešna primjena prava od strane javnog naručitelja opravdana jer je dokazao postojanje dobre vjere. U tim uvjetima nacionalni je sud dužan održati na snazi učinke ugovora u skladu s člankom 2.d stavkom 4. Direktive 89/665 tako da očuva željenu ravnotežu između interesa različitih stranaka.

88. U tom pogledu ništa ne ukazuje na to da tijelo nadležno za pravnu zaštitu može izreći alternativne kazne kao što su one iz članka 2.e stavka 2. navedene direktive.

89. Prvo, tijelo nadležno za pravnu zaštitu može posegnuti za alternativnom kaznom samo ako postoji kazna u odnosu na koju bi ova prva predstavljala alternativu. Drugim riječima, mora postojati pravna osnova kako bi to tijelo moglo izreći kaznu. Međutim, u slučaju u kojem bi svi uvjeti iz članka 2.d stavka 4. Direktive 89/665 bili ispunjeni, mišljenja sam da zakonodavac Unije zahtijeva od navedenog tijela da održi na snazi učinke ugovora, lišavajući to tijelo mogućnosti da proglašavanjem ugovora nevažećim izrekne kazne javnom naručitelju. Stoga ne postoji „kazna“ u smislu navedene direktive.

90. Drugo, što se tiče alternativnih kazni iz članka 2.e Direktive 89/665, zakonodavac Unije izričito upućuje na slučajeve u kojima tijelo nadležno za pravnu zaštitu može umjesto proglašavanja ugovora nevažećim izreći novčanu kaznu ili skratiti trajanje ugovora, pri čemu se uopće ne spominje situacija pokrivena člankom 2.d stavkom 4. navedene direktive<sup>27</sup>.

91. U tim uvjetima možemo se u stvari zapitati treba li proširiti materijalni doseg članka 2.e Direktive 89/665. Ne mislim tako jer takvo tumačenje zanemaruje sam tekst članka 2. stavka 7. navedene direktive kao i namjeru zakonodavca Unije. Naime, u potonjoj odredbi zakonodavac Unije je situacije iz navedenog članka 2.e izričito isključio iz okvira slobode priznate državama članicama za utvrđivanje učinaka koji moraju pratiti izvršavanje njihove ovlasti sankcioniranja.

92. Druga situacija je ona u kojoj nacionalni sud utvrdi da je pogrešna primjena prava od strane javnog naručitelja neopravdana jer je javni naručitelj svjesno i namjerno zanemario pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje. U tom slučaju, takva se povreda očito mora sankcionirati. Naime, ne postoji nikakav legitimni razlog koji opravdava održavanje na snazi ugovora čije sklapanje u smislu sudske prakse Suda predstavlja najozbiljnije kršenje prava u području javne nabave.

93. U tim je uvjetima tijelo nadležno za pravnu zaštitu stoga obvezno proglasiti ugovor nevažećim u skladu s načelom iz članka 2.d stavka 1. točke (a) Direktive 89/665 i ponovno uspostaviti prava gospodarskog subjekta oštećenog tim nedopuštenim aktom.

27 — Te su situacije sljedeće. Prva je ona iz članka 1. stavka 5. Direktive 89/665 u kojoj je ugovor o nabavi sklopljen iako je oštećeni gospodarski subjekt zatražio pravnu zaštitu od javnog naručitelja. Druga je ona iz članka 2. stavka 3. te direktive u kojoj javni naručitelj sklapa ugovor o nabavi prije nego što nacionalni sud odluči o zahtjevu za privremene mjere ili o pravnoj zaštiti. Treća je ona iz članka 2.a stavka 2. navedene direktive u kojoj je sklapanje ugovora, nakon odluke o dodjeli ugovora, uslijedilo prije isteka minimalnog roka od deset dana nakon što su o odluci o dodjeli obaviješteni zainteresirani ponuditelji i natjecatelji. Naposljetku, četvrta situacija je ona u kojoj se ugovor smatra nevažećim iz razloga izričito predviđenih uz članku 2.d stavku 1. iste direktive.

94. U takvoj situaciji državama članicama ne može se uskratiti mogućnost da proglase ugovor nevažećim jer bi u tom slučaju javni naručitelj bio slobodan prekršiti pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako zahtijeva zakon, uz obvezu plaćanja po potrebi naknade štete oštećenom gospodarskom subjektu. Međutim, takvo tumačenje sigurno bi ugrozilo ciljeve koje je zakonodavac Unije namjeravao slijediti donoseći Direktivu 2007/66<sup>28</sup>.

95. Podsjećam da je cilj osigurati djelotvornost kazne. Međutim, u situaciji u kojoj je javni naručitelj očito djelovao s namjerom izbjegavanja primjenjivih pravila samo nevažnost ugovora omogućava da se zajamči djelotvorna i odvraćajuća kazna.

96. Podsjećam i da je svrha Direktive 89/665 zajamčiti poštovanje načela jednakosti postupanja. Međutim, samo poništenje nezakonito sklopljenog ugovora i proglašavanje istog nevažećim omogućava ponovno uspostavljanje tržišnog natjecanja i stvaranja novih gospodarskih mogućnosti za gospodarski subjekt koji je nezakonito lišen mogućnosti sudjelovanja u postupku javne nabave.

97. U ovakvim okolnostima treba sada pojasniti da tijelo nadležno za pravnu zaštitu ostaje slobodno ocijeniti opseg u kojem ugovor treba smatrati nevažećim i to u skladu s člankom 2.d stavkom 2. Direktive 89/665.

98. Naime, vidjeli smo da ta odredba priznaje državama članicama slobodu da u svojem nacionalnom pravu utvrde posljedice koje prate proglašenje ugovora o nabavi nevažećim. Prema mišljenju zakonodavca Unije, države članice mogu tako tijelu nadležnom za pravnu zaštitu dodijeliti ovlasti za retroaktivno poništenje svih ugovornih obveza ili za ograničenje dosega poništenja ugovora na obveze koje se tek moraju ispuniti. Ipak, zakonodavac Unije namjerava u ovom potonjem slučaju prenijeti široku diskrecijsku ocjenu tijelu nadležnom za pravnu zaštitu. Naime, on izričito upućuje na tekst članka 2.e stavka 2. Direktive 89/665. U skladu s tom odredbom, države članice mogu tijelu nadležnom za pravnu zaštitu prenijeti značajne diskrecijske ovlasti da bi ono uzimalo u obzir, u pogledu svih relevantnih čimbenika uključujući ozbiljnost povrede, ponašanje javnog naručitelja i, u slučajevima navedenima u članku 2.d stavku 2. te direktive, opseg u kojem ugovor ostaje na snazi, kako bi se odlučilo prema potrebi treba li skratiti trajanje ugovora ili izreći novčane kazne.

99. Stoga se u objedinjenom tumačenju članka 2.d stavka 2. i članka 2.e stavka 2. Direktive 89/665 nalazi manevarski prostor kojim tijelo nadležno za pravnu zaštitu može raspolagati kada mora proglasiti nezakonito sklopljen ugovor nevažećim.

100. S obzirom na sve ove čimbenike, mišljenja sam da se dakle ni svrha Direktive 89/665 niti tekst njezinog članka 2.d ne protive tome da država članica tom tijelu prizna slobodu ocjene opsega u kojem se ugovor sklopljen bez prethodnog objavljivanja obavijesti o javnoj nabavi u *Službenom listu Europske unije* mora smatrati nevažećim kada to tijelo utvrdi da je, unatoč objavi obavijesti kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor u *Službenom listu Europske unije* i poštovanju minimalnog roka mirovanja od deset dana između odluke o odabiru i potpisivanja ugovora, javni naručitelj svjesno i namjerno povrijedio pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako to zahtijeva Direktiva 2004/18.

101. Upravo naprotiv, čini mi se da se takvo tumačenje nameće ako želimo jamčiti koristan učinak Direktive 89/665 i osigurati zaštitu temeljnih prava priznatih gospodarskom subjektu koji je nezakonito lišen mogućnosti sudjelovanja u postupku nabave.

28 — Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da radi osiguranja ujednačenog tumačenja i primjene odredbe čija se verzija na jednom jeziku Unije razlikuje od verzija sastavljenih na drugim jezicima, istu treba tumačiti s obzirom ne samo na opću strukturu teksta čiji je ona dio, nego također i s obzirom na svrhu koju nastoji ostvariti zakonodavac Unije [vidjeti osobito presudu Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, t. 22. et seq.)].

102. U okviru glavnog predmeta, mislim da će na nadležnom nacionalnom sudu biti da ocijeni legitimitet razloga na koje se Ministero dell'Interno oslonio radi predmetne odluke o dodjeli ugovora putem pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*.

103. U tom pogledu želim formulirati sljedeća očitovanja.

104. Podsjećam da je u ovom predmetu Ministero dell'Interno smatrao da može primijeniti ovaj postupak na temelju članka 57. stavka 2. točke (b) Zakonodavne uredbe br. 163/2006, koji u talijanski pravni poredak prenosi članak 28. stavak 1. točku (e) Direktive 2009/81.

105. Podsjećam da je na temelju te odredbe navedeni postupak dopušten „ako, iz tehničkih razloga ili razloga povezanih sa zaštitom isključivih prava, ugovor može biti sklopljen samo s određenim gospodarskim subjektom“.

106. U ovom slučaju Ministero dell'Interno zaključio je da je Telecom Italia bio jedini gospodarski subjekt koji je mogao ispuniti ugovor o nabavi usluga iz tehničkih razloga i zbog zaštite (određenih) isključivih prava.

107. Međutim, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio smatrao je da podaci i okolnosti na koje se pozvao Ministero dell'Interno ne predstavljaju „tehničke razloge“ u smislu članka 57. stavka 2. točke (b) Zakonodavne uredbe br. 163/2006, nego se temelje na razlozima povezanim sa svrsishodnošću i poteškoćama koje bi mogle proizaći iz odluke o dodjeli drugom gospodarskom subjektu.

108. Na isti je način Consiglio di Stato odlučio da javni naručitelj nije po pravnim standardima dokazao da su ispunjeni uvjeti potrebni za pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje. U tom pogledu je zaključio da iz svih očitovanja i predočene dokumentacije, uključujući tehnički izvještaj, proizlazi ne toliko objektivna nemogućnost da se te usluge povjere različitim gospodarskim subjektima, već prije nesvrsishodan karakter takvog rješenja, i to uglavnom zato što bi prema Ministero dell'Interno takvo rješenje dovelo do promjena i do troškova te bi zahtijevalo određeno vrijeme prilagodbe.

109. Točno je da se, s obzirom na elemente kojima raspoložem, ne doima da je Ministero dell'Interno istaknuo posebne tehničke razloge, pa čak ni zahtjeve u vezi s posebnosti predmetne opreme ili osjetljivosti ugovora o nabavi.

110. Shvaćam da na području sigurnosti ili obrane može biti legitimno da se određene odredbe pravila o javnoj nabavi ne primjenjuju jer su pojedine nabave toliko osjetljive da bi bilo neprimjereno koristiti se prethodnim objavljivanjem i pozivom gospodarskih subjekata na nadmetanje. To je, na primjer, slučaj kod ugovora koje sklapaju obavještajne službe ili ugovora namijenjenih protuobavještajnim djelatnostima. To je također slučaj za posebno osjetljive nabave koje zahtijevaju krajnje visok stupanj povjerljivosti kao što su nabave povezane s borbom protiv terorizma ili posebno namijenjene osjetljivim djelatnostima koje obavljaju snage reda i sigurnosti.

111. Međutim, ne čini se da se u ovom predmetu Ministero dell'Interno pozvao na takve okolnosti. Doduše on pojašnjava da se nabava odnosi na „pružanje elektroničkih komunikacijskih usluga Odjelu za javnu sigurnost i Karabinjerskoj postrojbi, osobito usluga fiksne i mobilne telefonije te prijenosa podataka, *uz poštovanje svih uvjeta povjerljivosti i sigurnosti podataka u interesu nacionalne sigurnosti*“<sup>29</sup>. Čini se ipak, posebno s obzirom na zaključke koje su izveli Tribunale amministrativo

29 — Moje isticanje

regionale per il Lazio i Consiglio di Stato, da Ministero dell'Interno nije opravdao osjetljivost ugovora o nabavi i predmetne opreme i da se nije pozvao ni na posebne zahtjeve povezane, na primjer, sa sigurnošću podataka ili zaštitom povjerljivih ili tajnih podataka koji bi u interesu nacionalne sigurnosti mogli zahtijevati posebnu zaštitu i podrazumijevati poseban odabir natjecatelja.

112. Osim toga, iznenađen sam slijedom činjenica, a osobito brzinom kojom je ugovor dodijeljen. Po tom pitanju dijelim dakle rezervu koju je Komisija iznijela na raspravi. Naime, iz stanja spisa proizlazi da je Ministero dell'Interno odlučio obnoviti ugovor o telefonskim uslugama sklopljen 2003. s Telecomom Italia, samo petnaest dana prije isteka prethodnog ugovora, to jest 15. prosinca 2011. Nadalje, iz isprava priloženih spisu također proizlazi da je ugovor potpisan 31. prosinca 2011., to jest petnaest dana kasnije. Takvo me stajalište iznenađuje s obzirom na važnost tog ugovora u svrhu funkcioniranja uprave, o trajanju navedenog ugovora (sedam godina) i njegovom iznosu (521.500.000 eura), osim ako se ne pođe od toga da je između Ministero dell'Interno i Telecoma Italia postojao dogovor o obnovi ugovora.

113. Naposljetku, mislim da očito treba voditi računa o činjenici da je Ministero dell'Interno tijelo javne vlasti koje raspolaže s dovoljno poučenim pravnim savjetnicima da se ne počini pogreška u ocjeni u odnosu na uvjete pod kojima se ugovor o javnoj nabavi može sklopiti bez prethodnog objavljivanja i poziva na nadmetanje.

114. U skladu s tim, bit će na nadležnom nacionalnom sudu da ispita, s obzirom na sve informacije kojima raspolaže, je li takva pogreška opravdana ili je obuhvaćena svjesnim i namjernim kršenjem pravila o javnoj nabavi.

115. S obzirom na sve ove čimbenike, smatram posljedično da članak 2.d stavak 4. Direktive 89/665, u vezi s načelom jednakog postupanja i pravom na djelotvoran pravni lijek, treba tumačiti na način da se ne protivi tome da država članica tijelima nadležnima za pravnu zaštitu prizna slobodu ocjene opsega u kojem se ugovor sklopljen bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* mora smatrati nevažećim kada to tijelo utvrdi da je, unatoč objavi obavijesti kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor o nabavi u *Službenom listu Europske unije* i poštovanju minimalnog roka mirovanja od deset dana između odluke o dodjeli i potpisivanja ugovora, javni naručitelj svjesno i namjerno povrijedio pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako zahtijeva Direktiva 2004/18.

#### IV – Zaključak

116. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodno pitanje koje je postavio Consiglio di Stato odgovori kako slijedi:

Članak 2.d stavak 4. 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., u vezi s načelom jednakog postupanja i pravom na djelotvoran pravni lijek, treba tumačiti na način da se on ne protivi tome da država članica tijelima nadležnima za pravnu zaštitu prizna slobodu ocjene opsega u kojem se ugovor sklopljen bez prethodne objave poziva na nadmetanje u *Službenom listu Europske unije* mora smatrati nevažećim kada to tijelo utvrdi da je, unatoč objavi obavijesti kojom izražava svoju namjeru da sklopi ugovor o nabavi u *Službenom listu Europske unije* i poštovanju minimalnog roka mirovanja od deset dana između odluke o dodjeli i potpisivanja ugovora, javni naručitelj svjesno i namjerno povrijedio pravila o objavljivanju i pozivu na nadmetanje kako zahtijeva Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama.