



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
od 7. lipnja 2018.¹

Predmet C-300/17

Hochtief AG
protiv
Budapest Főváros Önkormányzata

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputila Kúria (Vrhovni sud, Mađarska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 89/665/EEZ – Provedba postupka javne nabave robe i radova – Postupci pravne zaštite – Članak 2. stavak 6. – Tužba za naknadu štete – Obvezno prethodno utvrđenje nezakornitosti odluke javnog naručitelja – Isključenje razloga koji nisu istaknuti pred arbitražnom komisijom – Članak 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima – Pravo na djelotvornu sudsku zaštitu – Načela djelotvornosti i ekvivalentnosti”

I. Uvod

1. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje 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 radovima², kako je izmijenjena Direktivom 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji³.
2. Podnesen je u okviru spora između Hochtief AG i Budapest Főváros Önkormányzata (Gradska uprava Budimpešte, Mađarska, u daljnjem tekstu: BFÖ), u okviru tužbe za naknadu štete zbog povrede pravila u području javne nabave.
3. Svojim zahtjevom za prethodnu odluku, Kúria (Vrhovni sud, Mađarska) upućuje pitanje o utjecaju koji međusobna povezanost nacionalnih postupovnih pravila može imati na pravo na djelotvoran pravni lijek iako navedena pravila nužno ne uzrokuju poteškoće kad se promatraju odvojeno.

¹ Izvorni jezik: francuski.

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

³ SL 2014., L 94, str. 1. i ispravak SL 2018., L 82, str. 17.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

4. Člankom 1. stavkom 1. četvrtim podstavkom Direktive 89/665 predviđa se:

„Države članice poduzimaju mjere neophodne kako bi osigurale da se, u pogledu ugovora obuhvaćenih područjem primjene Direktive 2014/24/EU ili Direktive 2014/23/EU, odluke javnih naručitelja mogu učinkovito razmatrati i, osobito, u najkraćem roku u skladu s uvjetima utvrđenima u člancima od 2. do 2.f ove Direktive, iz razloga što su takve odluke dovele do povrede prava Zajednice u području javne nabave ili povrede nacionalnih pravila koja prenose to pravo.

5. U skladu s člankom 2. stavcima 1., 2., 6. i 9. Direktive 89/665:

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

[...]

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

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

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

[...]

6. Države članice mogu predvidjeti da, kad je podnesen zahtjev za naknadu štete na temelju nezakonito donesene odluke, osporenu odluku mora najprije ukinuti tijelo koje ima potrebne ovlasti.

[...]

9. Kad tijela nadležna za postupke pravne zaštite nisu pravosudne naravi, uvijek se moraju pisano navesti obrazloženja njihovih odluka. Nadalje, u takvom se slučaju moraju predvidjeti postupci kojima se bilo kakva navodna nezakonita mjera koju poduzme tijelo nadležno za pravnu zaštitu, ili bilo koja navodna nepravilnost u provođenju ovlasti koje su mu prenesene, može podvrgnuti sudskoj zaštiti ili zaštiti nekog drugog tijela koje je sud ili sudsko vijeće u smislu članka [267. UFEU-a] i koje je neovisno kako o javnom naručitelju tako i o tijelu nadležnom za pravnu zaštitu.”

B. Mađarsko pravo

1. *Zakon br. CXXIX iz 2003. o javnoj nabavi*

6. Sporne činjenice u glavnom predmetu dogodile su se 2005. Stoga se na njih primjenjivao *közbeszerzéséről szóló 2003 évi CXXIX. törvény* (Zakon br. CXXIX iz 2003. o javnoj nabavi; u daljnjem tekstu: *Zakon o javnoj nabavi*).

7. U skladu s člankom 108. stavkom 3. Zakona o javnoj nabavi: „[n]atjecatelj može izmijeniti svoj zahtjev za sudjelovanje najkasnije do isteka roka za podnošenje zahtjeva za sudjelovanje.”

8. Člankom 350. Zakona o javnoj nabavi određuje se:

„Podnošenje građanskopravnog zahtjeva u slučaju povrede pravila o javnoj nabavi i dodjeli ugovora o javnoj nabavi moguće je pod uvjetom da je arbitražna komisija za javnu nabavu ili sud, u okviru sudskog nadzora odluke arbitražne komisije, konačno utvrdili povredu.”

9. Međutim, u skladu s člankom 351. istog zakona:

„Ako ponuditelj zahtjeva od javnog naručitelja samo nadoknadu troškova nastalih u okviru pripreme ponude i sudjelovanja u postupku dodjele ugovora, za priznavanje takvog zahtjeva za naknadu štete dovoljno je da dokaže da je:

- (a) javni naručitelj povrijedio odredbu pravila o javnoj nabavi i dodjeli ugovora o javnoj nabavi,
- (b) imao stvarne izgleda za dobivanje ugovora, i
- (c) povreda imala negativan učinak na njegove izgleda za dobivanje ugovora.”

2. Zakon br. III iz 1952. o građanskom postupku

10. Člankom 339./A Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. Törvény (Zakon br. III iz 1952. o građanskom postupku; u daljnjem tekstu: Zakon o građanskom postupku) propisuje se:

„Ako zakonskom odredbom nije drukčije određeno, sud nadzire upravnu odluku na temelju pravnih pravila koja su bila na snazi u trenutku donošenja odluke i činjeničnih elemenata koji su postojali u to vrijeme.”

III. Činjenice glavnog postupka

11. BFÖ je 5. veljače 2005. objavio poziv za sudjelovanje u postupku javne nabave radova u iznosu koji premašuje prag predviđen pravom Unije, nakon pregovaračkog postupka s prethodnom objavom poziva na nadmetanje. U propisanom roku zaprimljeno je pet zahtjeva za sudjelovanje, od kojih je jedan bio zahtjev konzorcija HOLI (u daljnjem tekstu: Konzorcij), kojim upravlja Hochtief.

12. BFÖ je 19. srpnja 2005. obavijestio Konzorcij da je njegov zahtjev za sudjelovanje nevaljan zbog sukoba interesa te da je odbijen. Ta odluka obrazložena je činjenicom da je Konzorcij, kao voditelja projekta odredio stručnjaka koji je sudjelovao u pripremi poziva na nadmetanje na strani javnog naručitelja.

13. Konzorcij je osporavao tu odluku pred Közbeszerzési Döntőbizottság (arbitražna komisija za javnu nabavu, Mađarska, u daljnjem tekstu: arbitražna komisija). Odlukom od 12. rujna 2005., arbitražna komisija odbila je zahtjev. Smatrala je da se određivanje stručnjaka u zahtjevu za sudjelovanje ne može smatrati administrativnom pogreškom, kao što je tvrdio Hochtief, s obzirom na to da bi neuzimanje u obzir navedenog stručnjaka značilo izmjenu zahtjeva za sudjelovanje, što je isključeno člankom 108. stavkom 3. Zakona o javnoj nabavi. Također je smatrala da javni naručitelj nije djelovao nezakonito kad je nastavio postupak samo s dva natjecatelja, s obzirom na to da je člankom 130. stavkom 7. Zakona o javnoj nabavi predviđeno da, ako određeni broj natjecatelja koji su podnijeli odgovarajući zahtjev za sudjelovanje ostane unutar određenog raspona, te je natjecatelje potrebno pozvati na podnošenje ponuda.

14. Konzorcij je pobijao odluku arbitražne komisije pred sudom. Presudom od 28. travnja 2006., Fővárosi Bírósá (Sud u Budimpešti, Mađarska) odbio je njegovu tužbu. Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti, Mađarska), koji je odlučivao o žalbi protiv te presude, prekinuo je postupak i uputio zahtjev za prethodnu odluku povodom kojeg je donesena presuda od 15. listopada 2009., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. Nakon te presude, presudom od 20. siječnja 2010., Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti) potvrdio je presudu od 28. travnja 2006.

16. Tužitelj je pred tim sudom, na temelju presude od 3. ožujka 2005., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), među ostalim, tvrdio da nije bio u mogućnosti podnijeti svoja očitovanja o okolnostima predmeta niti dokazati da sudjelovanje stručnjaka nije moglo narušiti pravedno i transparentno tržišno natjecanje.

17. Stoga je ta presuda, donesena prije odluke BFÖ-a, postojala u trenutku kad je Hochtief podnio svoj zahtjev pred arbitražnom komisijom. Međutim, postala je „dostupna” u verziji na mađarskom jeziku tek nakon tog datuma⁴. Međutim, Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti) u svojoj je presudi naveo da nije ispitao taj prigovor jer nije bio naveden u tužbi u prvostupanjskom postupku. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, u tužbi nije bilo postavljeno pitanje o tome je li javni naručitelj, time što je zaključio da postoji sukob interesa, počinio povredu jer tužitelju u glavnom postupku nije dao mogućnost obrane. Dodaje da je navedena stranka tek u žalbenom postupku prvi put navela da zabrana koja joj je naložena čini nerazmjerno ograničenje njezina prava na podnošenje zahtjeva za sudjelovanje i podnošenje ponude, protivno članku 220. UEZ-a, članku 6. Direktive 93/37/EEZ⁵ i sudskoj praksi Suda.

18. Presudom od 7. veljače 2011., Legfelsőbb Bíróság (raniji naziv Kúrie (Vrhovni sud)) potvrdio je presudu Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti) od 20. siječnja 2010.

19. Usporedo s tim postupcima, Glavna uprava Europske komisije za regionalnu politiku provela je 2008. reviziju spornog postupka javne nabave. Zaključila je da je javni naručitelj povrijedio pravila u području javne nabave, s jedne strane, time što je objavio obavijest o pregovaračkom postupku i, s druge strane, time što je isključio jednog od natjecatelja tijekom postupka predodabira, a da mu nije, u skladu s presudom od 3. ožujka 2005., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), dao mogućnost iznošenja dokaza o protivnom, odnosno da utvrdi da sudjelovanje stručnjaka koji je određen kao voditelj projekta nije moglo narušiti tržišno natjecanje.

20. Hochtief je 11. kolovoza 2011., na temelju Komisijinih utvrđenja, pokrenuo postupak revizije protiv presude Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti). Rješenjem od 6. lipnja 2013., Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Sud za upravne i radne sporove u Budimpešti, Mađarska), donio je rješenje o odbijanju revizije, koje je potvrđeno rješenjem Fővárosi Törvényszék (Sud u Budimpešti, Mađarska), koji je odlučivao u zadnjem stupnju.

21. Pozivajući se na Komisijina utvrđenja, Hochtief je podnio novu tužbu protiv javnog naručitelja za naknadu štete koja odgovara troškovima koje je imao u okviru sudjelovanja u postupku javne nabave.

22. Budući da je ta tužba odbijena u prvostupanjskom i žalbenom postupku, Hochtief je podnio kasacijsku žalbu pred sudom koji je uputio zahtjev, pri čemu se, među ostalim, pozvao na povredu članka 2. stavka 1. Direktive 89/665.

⁴ Prema dopisu koje je tajništvo Suda uputilo Hochtiefu 22. rujna 2010., mađarski prijevod presude od 3. ožujka 2005., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127) tajništvo je zaprimilo 2. listopada 2006. Međutim, tajništvo je pojasnilo da nije moguće utvrditi točan datum njezine objave na internetskoj stranici Suda.

⁵ Direktiva Vijeća od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim radovima (SL 1993., L 199, str. 54.)

23. Sud koji je uputio zahtjev u biti iznosi da iz Direktive 89/665 proizlazi da se ostvarivanje zahtjeva za naknadu štete može uvjetovati time da upravno tijelo ili sud prethodno ukine osporenu odluku (presuda od 26. studenoga 2015., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, t. 35.), tako da se u načelu ne čini da se članku 2. navedene direktive protivi nacionalna zakonska odredba poput članka 350. Zakona o javnoj nabavi. Međutim, primjena te potonje odredbe u vezi s ostalim odredbama Zakona o javnoj nabavi i Zakona o građanskom postupku, može imati za posljedicu da neuspješni natjecatelj u pregovaračkom postupku javne nabave, poput tužitelja u glavnom postupku, ne može podnijeti tužbu za naknadu štete jer se ne može pozvati na odluku kojom je konačno utvrđena povreda pravila o javnoj nabavi. U tim okolnostima može biti opravdano uvesti mogućnost podnošenja dokaza o takvoj povredi drugim sredstvima, odbaciti unutarnje pravilo radi poštovanja načela djelotvornosti ili to pravilo tumačiti s obzirom na pravo Unije.

24. Stoga je Kúria (Vrhovni sud) odlučila prekinuti postupak i uputiti Sudu prethodna pitanja.

IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

25. Odlukom od 11. svibnja 2017., koju je Sud zaprimio 24. svibnja 2017., Kúria (Vrhovni sud, Mađarska) odlučila je stoga uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Protivi li se pravu Unije nacionalni postupovni propis koji podnošenje građanskopravnog zahtjeva u slučaju povrede odredbe pravila o javnoj nabavi, uvjetuje time da su arbitražna komisija za javnu nabavu ili sud, u okviru sudskog nadzora odluke arbitražne komisije, konačno utvrdili navedenu povredu?
2. Može li se nacionalna odredba kojom se kao pretpostavka podnošenja tužbe za naknadu štete određuje da navedenu povredu konačno utvrde arbitražna komisija za javnu nabavu ili sud, u okviru sudskog nadzora odluke arbitražne komisije, zamijeniti drugom koja je u skladu s pravom Unije? Drugim riječima, može li oštećenik drugim sredstvima dokazati povredu?
3. U okviru spora za naknadu štete, protivi li se pravu Unije i, osobito, načelima djelotvornosti i ekvivalentnosti, ili može li uzrokovati učinak protivan tom pravu i tim načelima, nacionalna postupovna odredba ako ona dopušta sudski nadzor upravne odluke samo na temelju pravnih argumenata navedenih u postupku pred arbitražnom komisijom, čak i ako se oštećenik, kao temelj povrede pravila koju navodi, može pozvati samo na nezakonitost svojeg isključenja koja se, u skladu sa sudskom praksom Suda, temelji na sukobu interesa, tako da ga se, u skladu s pravilima pregovaračkog postupka, iz postupka javne nabave isključuje iz drugog razloga, zato što je došlo do izmjene u njegovu zahtjevu za sudjelovanje u postupku?”

26. Pisana očitovanja podnijeli su tužitelj u glavnom postupku, mađarska, grčka, austrijska i poljska vlada te Europska komisija. K tomu, tužitelj u glavnom postupku, mađarska vlada i Komisija iznijeli su očitovanja tijekom rasprave održane 30. travnja 2018.

V. Analiza

A. Uvodne metodološke napomene

27. Zahtjev za prethodnu odluku koji je u glavnom predmetu podnijela Kúria (Vrhovni sud), postavlja dva uvodna pitanja u pogledu metodologije: s jedne strane, način na koji treba razmotriti pitanja koja je postavio sud koji je podnio zahtjev i, s druge strane, standard s obzirom na koji treba ispitati pitanja.

1. Način na koji treba shvatiti prethodna pitanja

28. Zahtjev za prethodnu odluku sadržava tri različita pitanja. Međutim, ubrzo postaje jasno da pojedinačno ispitivanje svakog od tih pitanja nužno ne ukazuje na poteškoće u pogledu prava na djelotvoran pravni lijek. Suprotno tomu, zbog međusobne povezanosti predmetnih postupovnih pravila, postavljaju se dodatna pitanja.

29. Stoga mi se čini svrhovitim, čak i potrebnim, zajedno obraditi tri upućena pitanja, čak i ako je na kraju moguće na njih dati različite odgovore.

30. Najprije, također navodim da mi se pojašnjenje iz drugog dijela trećeg prethodnog pitanja ne čini relevantnim. Naime, činjenica da bi oštećena stranka mogla istaknuti samo razlog koji se temelji na nezakonitosti, koji bi u svakom slučaju uzrokovao njezino isključenje iz postupka javne nabave, ne utječe na pravno rasuđivanje koje treba provesti za odgovor na to treće pitanje. Utjecaj razloga za isključenje na ishod glavnog postupka pitanje je koje se može postaviti tek kasnije i o kojem treba odlučiti isključivo sud koji je uputio zahtjev⁶. Stoga ga neću uzeti u obzir.

31. Stoga će moja analiza biti podijeljena u tri faze. Najprije ću ispitati je li dopušteno uvjetovati postupak za naknadu štete prethodnim ukidanjem navodno nezakonite odluke (te stoga, *a fortiori*, utvrđenjem njezine nezakonitosti). Nakon toga, razmotrit ću pitanje ograničenja nadzora zakonitosti na pravni i činjenični okvir koji je odredio tužitelj u aktu kojim se pokreće postupak. Naposljetku, analizirat ću, s obzirom na djelotvornu sudsku zaštitu, posljedice uključivanja tih dvaju postupovnih ograničenja tužbe za poništenje u tužbu za naknadu štete.

2. Standard nadzora

32. Također je potrebno odrediti standard s obzirom na koji treba ispitati pitanja. U svojem trećem prethodnom pitanju sud koji je uputio zahtjev navodi načela ekvivalentnosti i djelotvornosti, koja uobičajeno ograničavaju postupovnu autonomiju država članica. Međutim, on temelji obrazloženje svojeg zahtjeva za prethodnu odluku na članku 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja) kojim se u pravnom poretku Unije utvrđuje pravo na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje⁷.

33. Smatram da treba dati prednost tom posljednjem pristupu. Naime, sad je nesporno, s jedne strane, da obveza država članica iz članka 19. stavka 1. UEU-a da osiguravaju pravne lijekove dostatne za osiguranje učinkovite pravne zaštite u područjima obuhvaćenima pravom Unije, odgovara članku 47. Povelje⁸ te, s druge strane, da iz tog slijedi da države članice pri utvrđivanju postupovnih pravila za pravna sredstva čiji je cilj osigurati zaštitu prava dodijeljenih pravnim pravilima Unije, poput Direktive 89/665, moraju osigurati poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje sadržanog u članku 47. Povelje. Značajke pravnog sredstva, poput onog predviđenog člankom 1. stavkom 1. Direktive 89/665, moraju biti određene sukladno članku 47. Povelje⁹.

6 To vrijedi tim više jer Hochtief (točka 34. njegovih pisanih očitovanja) i mađarska vlada (točke 13. do 15. njezinih pisanih očitovanja) osporavaju tezu prema kojoj je tužitelj u glavnom postupku mogao istaknuti „novi” razlog samo izmjenom svojeg zahtjeva za sudjelovanje, što bi bio razlog za isključenje iz postupka.

7 Točka 22. zahtjeva za prethodnu odluku

8 Vidjeti u tom smislu presude od 16. svibnja 2017., *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, t. 44.); od 26. srpnja 2017., *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, t. 30.), kao i od 27. rujna 2017., *Pušár* (C-73/16, EU:C:2017:725, t. 58.).

9 Vidjeti u tom smislu, što se tiče Direktive 2013/32/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o zajedničkim postupcima za priznavanje i oduzimanje međunarodne zaštite (SL 2013., L 180, str. 60.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 249.), presudu od 26. srpnja 2017., *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, t. 31.) te, što se tiče Direktive 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka (SL 1995., L 281, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 7., str. 88.) presudu od 27. rujna 2017., *Pušár* (C-73/16, EU:C:2017:725, t. 59. i 60.).

34. Taj je pristup Sud uostalom već prihvatio u okviru tumačenja Direktive 89/665, s obzirom na to da je Sud u više navrata presudio da članak 1. te direktive „nužno treba tumačiti s obzirom na temeljna prava koja su upisana u [...] Povelji, osobito pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, predviđeno u članku 47.”¹⁰. Konkretno, to znači da države članice pri utvrđivanju postupovnih pravila za pravna sredstva čiji je cilj osigurati zaštitu prava koje Direktiva 89/665 dodjeljuje kandidatima i ponuditeljima oštećenima odlukama javnih naručitelja, moraju osigurati poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek i na pošteno suđenje sadržano u članku 47. Povelje¹¹.

35. Stoga ću prethodna pitanja suda koji je uputio zahtjev ispitati s obzirom na zahtjeve iz članka 47. Povelje.

B. Mogućnost uvjetovanja postupka za naknadu štete prethodnim ukidanje navodno nezakonite odluke

36. Članak 1. stavak 1. četvrtom podstavku Direktive 89/665 obvezuje države članice da poduzmu neophodne mjere kako bi osigurale da se odluke koje donose javni naručitelji u okviru postupaka javne nabave obuhvaćenih područjem primjene Direktive 2014/24/EU¹² ili Direktive 2014/23, mogu učinkovito razmatrati i, osobito, u najkraćem roku.

37. U skladu s člankom 2. stavkom 1. Direktive 89/665, u okviru tih postupaka pravne zaštite mora biti moguće donijeti tri vrste mjera: kao prvo, privremene mjere s ciljem ispravljanja navodnog kršenja ili sprečavanja daljnje štete pojedinim zainteresiranima, kao drugo, ukidanje nezakonito donesenih odluka i, kao treće, dodjela naknade štete osobama koje su pretrpjele štetu zbog kršenja primjenjivih pravila.

38. Što se tiče posljednje vrste mjera, člankom 2. stavkom 6. Direktive 89/665 pojašnjava se da države članice mogu uvjetovati mogućnost podnošenja zahtjeva za naknadu štete prethodnim ukidanjem navodno nezakonite odluke. Međutim, tom odredbom nisu pojašnjeni uvjeti dopuštenosti takvih tužbi. Sud je iz tog zaključio da se „[...]” članak 2. stavak 6. Direktive 89/665 ne protivi odredbi nacionalnog prava [...], prema koj[oj] je utvrđenje povrede prava javne nabave pretpostavka za ostvarivanje zahtjeva za naknadu štete”¹³. Nazvao bih to načelom prednosti spora o zakonitosti pred sporom o naknadi štete.

39. S obzirom na to da je riječ samo o mogućnosti, s obzirom na to da se u članku 2. stavku 6. Direktive 89/665 koristi glagol „moći”, a ne „trebati”, države članice koje koriste tu mogućnost, mogu je slobodno mijenjati¹⁴. Tako mogu predvidjeti slučajeve u kojima izostanak prethodnog ukidanja nije razlog nedopuštenosti tužbe za naknadu štete¹⁵.

10 Presuda od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, t. 49.); moje isticanje

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

12 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.)

13 Presuda od 26. studenoga 2015., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, t. 36.); moje isticanje

14 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. studenoga 2015., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, t. 35.).

15 Suprotno tomu, ta mogućnost odstupanja, prema mojem mišljenju, ne može se pretvoriti u obvezu jer bi u tom slučaju načelu prednosti spora o zakonitosti pred sporom o naknadi štete, koje se dopušta člankom 2. stavkom 6. Direktive 89/665, bio oduzet značajan dio njegove korisnosti.

40. U svakom slučaju, provedba načela prednosti spora o zakonitosti pred sporom o naknadi štete, ne može dovesti do toga da se, zbog njegove povezanosti s drugim postupovnim pravilom, oštećenoj osobi, osim mogućnosti ukidanja odluke javnog naručitelja, oduzima i mogućnost drugih pravnih sredstava predviđenih člankom 2. stavkom 1. Direktive 89/665. Naime, takav bi „sustav” bio protivan načelu djelotvornosti¹⁶. To načelo tumači se kao jedan od „zahtjev[a] [...] kojim se izražava opća obveza država članica da osiguraju pravnu zaštitu prava koja pravni subjekti ostvaruju na temelju prava [Unije]”¹⁷, koji je utvrđen u članku 47. Povelje.

41. U ovom slučaju, primjena članka 350. Zakona o javnoj nabavi u vezi s člankom 339./A Zakona o građanskom postupku, mogla bi izazvati poteškoće s obzirom na članak 47. Povelje.

C. Ograničavanje nadzora zakonitosti na pravni i činjenični okvir koji je odredio tužitelj

42. Člankom 339./A Zakona o građanskom postupku predviđa se da sud može nadzirati upravnu odluku samo na temelju pravnih pravila koja su bila na snazi u trenutku donošenja odluke te činjeničnih elemenata koji su postojali u to vrijeme.

43. Konkretno, u okviru osporavanja koja se odnose na odluke donesene u području javne nabave, to znači da nacionalni sudovi, koji trebaju nadzirati odluke arbitražne komisije, nemaju pravo ispitati novi razlog koji nije bio istaknut pred njom.

44. Člankom 1. stavkom 1. Direktive 89/665 nalaže se državama članicama da poduzmu neophodne mjere kako bi osigurale učinkovito razmatranje i u najkraćem roku pravnih lijekova protiv odluka javnog naručitelja koje nisu usklađene s pravom Unije.

45. Da bi to mogle učiniti, člankom 2. stavkom 2. Direktive 89/665 dopušta se državama članicama da prenesu ovlasti ukidanja i naknade štete na odvojena tijela, koja nisu nužno sudovi¹⁸. Štoviše, Direktiva 89/665 ne sadržava odredbe koje posebno uređuju uvjete pod kojima se ta pravna sredstva mogu podnositi¹⁹. Dakle, Direktiva 89/665 ostavlja državama članicama diskrecijsku ovlast u izboru postupovnih jamstava koja predviđa i pripadajućih formalnosti²⁰.

46. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, na njima je da, na temelju načela postupovne autonomije, urede pravila upravnog i sudskog postupka koja trebaju osigurati zaštitu prava koja pojedinci uživaju na temelju prava Unije. Međutim, ta postupovna pravila ne smiju štetiti korisnom učinku Direktive 89/665²¹.

16 Tako je Sud presudio da se „pravo Unije, a osobito načelo djelotvornosti, protivi nacionalnom propisu koji podnošenje zahtjeva za naknadu štete zbog povrede pravila prava javne nabave uvjetuje prethodnim utvrđenjem da je postupak sklapanja ugovora o nabavi nezakonit zbog toga što prethodno nije objavljen poziv na nadmetanje, ako za podnošenje tog zahtjeva za utvrđenje nezakonitosti vrijedi prekluzivni rok od šest mjeseci koji počinje teći računajući od dana poslije dana dodjele predmetnog ugovora o javnoj nabavi, i to bez obzira na to je li podnositelj zahtjeva mogao znati da je ta odluka javnog naručitelja nezakonita” (presuda od 26. studenoga 2015., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, t. 46. i izreka).

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

18 Međutim, člankom 2. stavkom 9. Direktive 89/665 nalaže se da se u tom slučaju bilo kakva navodna nezakonita mjera koju mogu poduzeti ta „tijela nadležna za pravnu zaštitu” ili bilo koja navodna nepravilnost u provođenju njihovih ovlasti, može podvrgnuti sudskoj zaštiti (ili zaštiti nekog drugog tijela koje je sud ili sudsko vijeće u smislu članka 267. UFEU-a i koje je neovisno o javnom naručitelju i o tijelu nadležnom za pravnu zaštitu).

19 Vidjeti u tom smislu presudu od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 42.).

20 Vidjeti u tom smislu presudu od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, t. 44.).

21 Vidjeti u tom smislu presude od 12. ožujka 2015., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, t. 40.); od 6. listopada 2015., Orizzonte Salute (C-61/14, EU:C:2015:655, t. 47.); od 15. rujna 2016., Star Storage i dr. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 43.), kao i od 5. travnja 2017., Marina del Mediterraneo i dr. (C-391/15, EU:C:2017:268, t. 33.).

47. U tom okviru, smatram da pravilo, kao što je ono predviđeno člankom 339./A Zakona o građanskom postupku, kao takvo nije protivno pravu Unije, kad se primjenjuje u okviru nadzora zakonitosti koji provodi arbitražna komisija i, nakon toga, sudovi.

48. Naime, iz treće uvodne izjave Direktive 89/665 proizlazi da je jedan od njezinih najvažniji ciljeva, provedba „učinkovitih i brzih pravnih sredstava”²². Važnost tog posljednjeg obilježja istaknuo je i sam zakonodavac, time što je u članku 1. stavku 1. četvrtom podstavku navedene direktive naložio državama članicama da poduzmu „mjere neophodne kako bi osigurale da se [...] odluke javnih naručitelja mogu učinkovito razmatrati i, osobito, u najkraćem roku”²³.

49. Međutim, ograničavanje sudskog nadzora na razloge istaknute pred arbitražnom komisijom na temelju pravnih pravila koja su bila na snazi kad je odluka donesena i činjeničnih elemenata koji su tada postojali, pridonosi ostvarenju tog cilja brzine a da pri tome ne narušava bit prava na djelotvoran pravni lijek²⁴.

50. S jedne strane, tim se pravilom izbjegava odugovlačenje postupka, time što se sprječava otvaranje nove rasprave pred sudom koji provodi nadzor, koja bi nužno morala biti kontradiktorna i završena obrazloženom odlukom,. Stoga, time doprinosi interesu dobrog sudovanja u korist pojedinaca²⁵ i jača zahtjev pravne sigurnosti koji treba prevladati u zahtjevima za proglašenje ugovora nevažećim²⁶. S druge strane, pojedincu se ne uskraćuje pristup sudu. Stavljajući ga u granice koje je odredio sam pojedinac na vlastitu odgovornost.

51. U tom pogledu, upitan o posljedicama postupovnog pravila kojim se postupanje suda ograničava na argumente koje su iznijele stranke, Sud je presudio da načelo djelotvornosti ne obvezuje nacionalne sudove da po službenoj dužnosti istaknu razlog koji se temelji na odredbi prava Unije, neovisno o njegovoj važnosti za pravni poredak Unije, ako su stranke imale stvarnu mogućnost istaknuti pred nacionalnim sudom razlog koji se temelji na pravu Unije²⁷.

52. U tim okolnostima, iako je točno da postupovno pravilo, koje za posljedicu ima ograničavanje spora samo na razloge iznesene pred arbitražnom komisijom, ograničava pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom u smislu članka 47. Povelje, ono je opravdano u smislu članka 52. stavka 1. Povelje, s obzirom na to da je predviđeno zakonom, poštuje bit prava na djelotvoran pravni lijek i poštuje cilj brzih postupaka pravne zaštite predviđen Direktivom 89/665, koji doprinosi dobrom sudovanju i zahtjevu pravne sigurnosti.

D. Uključivanje postupovnih ograničenja spora o zakonitosti u spor o naknadi štete

53. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da se pravu na djelotvoran pravni lijek ne protivi pravno pravilo kojim se uvodi prednost spora o zakonitosti pred sporom o naknadi štete, niti ono kojim se sprječava isticanje novog pravnog razloga nakon pokretanja spora, kad se navedena pravna pravila promatraju odvojeno.

22 Moje isticanje

23 Moje isticanje

24 Vidjeti u tom smislu točku 90. mišljenja nezavisnog odvjetnika P. Mengozzija u predmetu *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:50), prema kojem „zabrana isticanja novih tužbenih razloga u žalbenom postupku [...] jest zabrana koja je zajednička pravnim sustavima različitih država članica i [...] ni ona ne može ugroziti djelotvornost žalbe”. Sud je potvrdio to mišljenje i teoretsku zakonitost takvog pravila. Naime, u točki 87. presude od 26. rujna 2013., *Texdata Software* (C-418/11, EU:C:2013:588) Sud je u odgovoru na prigovor u pogledu zabrane isticanja novih tužbenih razloga u žalbenom postupku, presudio da ne raspolaže „ni s jednim elementom koji bi doveo u sumnju sukladnost sustava sankcija o kojemu se raspravlja u glavnom postupku s načelima učinkovite sudske zaštite i poštovanja prava na obranu”.

25 Tako je Sud presudio da financijski zahtjev može biti „mjera [...] kojom se obeshrabruje zloraba prigovora i osigurava svim osobama, u interesu dobrog sudovanja, ispitivanje njihovih pravnih sredstava u što je kraćem mogućem roku, u skladu s člankom 47. prvim i drugim stavicama Povelje” (presuda od 15. rujna 2016., *Star Storage i dr.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, t. 54.).

26 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. studenoga 2015., *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, t. 40.).

27 Vidjeti u tom smislu presudu od 7. lipnja 2007., *van der Weerd i dr.* (C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318, t. 41.).

54. Međutim, primjena članka 350. Zakona o javnoj nabavi u vezi s člankom 339./A Zakona o građanskom postupku, ima za učinak da je tužba za naknadu štete nedopuštena ako prethodno nije donesena odluka kojom se utvrđuje nezakonitost nabave o kojoj je riječ, neovisno o tome je li tužitelj koji potražuje naknadu štete doista imao stvarnu mogućnost istaknuti relevantni razlog nezakonitosti u okviru spora o zakonitosti.

55. Smatram da je takva posljedica protivna članku 47. Povelje jer povrjeđuje pravo na djelotvoran pravni lijek zajamčeno navedenom odredbom, time što praktički čini tužbu za naknadu štete nemogućom, a nije opravdana ciljem od općeg interesa, protivno zahtjevima članka 52. stavka 1. Povelje.

1. Povreda prava na djelotvoran pravni lijek

56. Zahtjev sudske zaštite podrazumijeva mogućnost dobivanja naknade štete pretrpljene u slučaju povrede prava Unije. Naime, ako je akt čija je valjanost dovedena u pitanje, primijenjen, njegovim poništenjem ne može se uvijek nadoknaditi sva pretrpljena šteta²⁸. Iako neprimjenjivost akta onemogućava njegove učinke u slučaju o kojem odlučuje sud, dodjelom naknade štete nadoknađuje se šteta koja je mogla nastati zbog njega. Stoga potpuna zaštita pojedinca zahtijeva oboje²⁹.

57. U tim okolnostima, iako se načelo prednosti spora o zakonitosti pred sporom o naknadi štete, dopušteno člankom 2. stavkom 6. Direktive 89/665, može objasniti i opravdati razlozima koji se odnose na ekonomičnost postupka i, u konačnici, na pravnu sigurnost³⁰, pravilo kojim se ono provodi treba odbaciti ako se dokaže da nije bilo moguće utvrditi nezakonitost sporne odluke iz opravdanog razloga koji se ne može pripisati ponašanju tužitelja.

58. U suprotnom, pojedinac bi bio lišen svake sudske zaštite, s obzirom na to da bi tužba za naknadu štete u tim posebnim okolnostima bila „posljednji bedem zaštite pojedinaca kad [...] mu druga pravna sredstva nisu pružila djelotvornu zaštitu”³¹.

59. To posebno obilježje spora o naknadi štete prožima cijelu sudsku praksu Suda koja se odnosi na međusobnu povezanost pravnih sredstava i njihovom utjecaju na djelotvornu sudsku zaštitu, kako bi se odgovorilo na stroge uvjete dopuštenosti tužbe za poništenje u sporu o zakonitosti akata Unije³², kako bi se ispravio nedostatak horizontalnog izravnog učinka direktiva³³ ili kad više nije moguće pobijati povredu prava koja se temelje na pravu Unije, počinjenu konačnom sudskom odlukom.

60. U potonjem slučaju, iako pravo Unije ne nalaže da sudsko tijelo u pravilu mora preispitati pravomoćnu odluku kako bi uzelo u obzir tumačenje relevantne odredbe tog prava koje je Sud usvojio nakon donošenja te odluke, „pojedincima se ne može oduzeti mogućnost da se pozivaju na odgovornost države kako bi tim putem dobili pravnu zaštitu svojih prava”³⁴.

28 Vidjeti u tom smislu presudu od 30. svibnja 2017., Safa Nicu Sepahan/Conseil (C-45/15 P, EU:C:2017:402, t. 49.).

29 Vidjeti u tom smislu, što se tiče pravnih pravila, Dubouis, L., „La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté”, *Revue française de droit administratif*, br. 3., 1996., str. 583. do 601.

30 Naime, svrha tog načela jest povjeriti nadzor pravila o javnoj nabavi specijaliziranim nadzornim tijelima. Riječ je o osiguravanju da je o svakom pravnom pitanju koje se odnosi na povredu prava javne nabave do koje je došlo u okviru drugih postupaka, konačno odlučilo specijalizirano tijelo određeno u tu svrhu.

31 Što se tiče postupka za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti, Berrod, Fr., *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003., str. 946.

32 Vidjeti u tom smislu presudu od 12. rujna 2006., Reynolds Tobacco i dr./Komisija (C-131/03 P, EU:C:2006:541, t. 82.).

33 Vidjeti u tom smislu osobito presude od 24. siječnja 2012., Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, t. 42. i 43.) i od 26. ožujka 2015., Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200, t. 48.).

34 Presuda od 6. listopada 2015., Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, t. 40.)

61. Ta je logika primijenjena prilikom priznavanja odgovornosti sudova zadnjeg stupnja u slučaju povrede prava Unije. Naime „[s] obzirom na temeljnu ulogu sudbene vlasti da zaštiti prava koja pojedinci imaju na osnovi pravila [prava Unije], puna djelotvornost tih pravila bila bi dovedena u pitanje, a zaštita prava koja ona priznaju bila bi oslabljena ako pojedinci ne bi, pod određenim uvjetima, mogli dobiti naknadu štete kad su njihova prava bila povrijeđena povredom prava [Unije] koja se može pripisati odluci suda države članice koji odlučuje u zadnjem stupnju”³⁵.

62. Puna djelotvornost prava Unije i zaštita prava koja ono priznaje, koje su temelj te sudske prakse, nalažu da se to rješenje prihvati i kad međusobna povezanost postupovnih pravila dovede do toga da je javni naručitelj „imun” na svaku odgovornost, unatoč tome što je povrijedio prava Unije. Volja zakonodavca Unije da osigura odgovarajuće postupke radi mogućnosti obeštećivanja osoba kojima je kršenje pravila o javnoj nabavi uzrokovalo štetu³⁶, potvrđuje to tumačenje.

63. Ona također pridonosi osiguranju jamstva nadređenosti prava Unije, s obzirom na to da je Sud presudio da, ako ocjene nacionalnog suda nisu u skladu s pravom Unije, ono nalaže da drugi nacionalni sud, iako je u skladu s nacionalnim pravom bezuvjetno obvezan tumačenjem prava Unije koje je dao prvi sud, na temelju vlastite nadležnosti ne primijeni nacionalno pravno pravilo koje mu nalaže da postupi u skladu s tumačenjem prava Unije koje je dao navedeni prvi sud³⁷.

64. U poteškoći međusobnog povezivanja postupovnih pravila kojom se bavim, čini se da se ne može popraviti pogrešna primjena prava Unije ako podnositelj zahtjeva za naknadu štete nije imao stvarnu mogućnost da u okviru spora o zakonitosti istakne razlog na koji se želi pozvati u potporu svojoj tužbi za naknadu štete. Međutim, kako bi osigurao nadređenost prava Unije, nacionalni sud u okviru svojih nadležnosti treba poduzeti sve neophodne mjere u tu svrhu³⁸. Iz prethodno navedenog proizlazi da, ako je dokazano da iz razloga koji se ne može pripisati ponašanju tužitelja nije bilo moguće utvrditi nezakonitost odluke javnog naručitelja, nadležni nacionalni sud treba odbaciti pravilo kojim se provodi načelo prednosti spora o zakonitosti pred sporom o naknadi štete.

2. Nedostatak opravdanja

65. Kad sam ispitivao usklađenost pravila kojim se sprječava navođenje pravnog razloga koji nije bio istaknut u aktu kojim se pokreće postupak s pravom Unije, smatrao sam da cilj brzine koji se želi postići Direktivom 89/665 može opravdati primjenu tog pravila u okviru postupka nadzora zakonitosti odluka donesenih u području javne nabave jer pridonosi interesu dobrog sudovanja i jača zahtjev pravne sigurnosti koji treba prevladati u zahtjevima za proglašenje ugovora nevažećim.

66. Međutim, kao što je istaknuo Sud „[s]tupanj potrebne pravne sigurnosti koji se odnosi na pretpostavke dopuštenosti zahtjeva razlikuje [se] prema tome je li riječ o zahtjevu za naknadu štete ili zahtjevu za proglašenje ugovora nevažećim. Naime proglašenjem ugovora sklopljenog na temelju provedbe postupka javne nabave nevažećim on prestaje postojati i moguće je da se prestaje izvršavati, što je znatan zahvat upravnog ili sudskog tijela u ugovorne odnose između pojedinaca i državnih institucija. Takva odluka stoga može prouzročiti ozbiljne smetnje i ekonomske gubitke ne samo za uspješnog ponuditelja u okviru predmetnog postupka javne nabave nego i za javnog naručitelja i,

35 Presuda od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, t. 33.). Vidjeti također presudu od 13. lipnja 2006., Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, t. 31.).

36 Vidjeti u tom smislu šestu uvodnu izjavu Direktive 89/665.

37 Vidjeti u tom smislu rješenje od 15. listopada 2015., Naderhirm (C-581/14, neobjavljeno, EU:C:2015:707, t. 35.).

38 Vidjeti u tom smislu rješenje od 15. listopada 2015., Naderhirm (C-581/14, neobjavljeno, EU:C:2015:707, t. 37.).

posljedično, za javnost, koja je krajnji korisnik radova ili usluga koje su predmet javne nabave o kojoj je riječ. Kao što proizlazi iz uvodnih izjava 25. i 27. Direktive [2007/66/EZ]³⁹, zakonodavac Unije pridao je veću važnost zahtjevu pravne sigurnosti u vezi sa zahtjevima za proglašenje ugovora nevažećim nego zahtjevima za naknadu štete⁴⁰.

67. Osim toga, međusobna povezanost postupaka, poput onih o kojima je riječ u glavnom postupku, ne može odgoditi pokretanje postupka javne nabave niti narušiti pravnu sigurnost. Naime, odluka o isključenju čija je nezakonitost uzrok navodne štete postala je konačna nakon konačnih odbijanja tužbe protiv odluke arbitražne komisije i revizije podnesene protiv presude Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti), donesene u okviru istog postupka.

68. Stoga, dopuštanje sudu koji odlučuje o naknadi štete da utvrdi nezakonitost odluke koja je uzrok navodne štete na temelju razloga koji nije bio ispitan u okviru postupka za poništenje, ne može imati za posljedicu oduzimanje korisnog učinka spornog akta.

69. Osim toga, takva se mogućnost ne može izjednačiti s dovodenjem u pitanje pravomoćnosti od strane suca koji odlučuje o naknadi štete, s obzirom na to da predmet tužbe za naknadu štete nije isti kao predmet tužbe za poništenje i s obzirom na to da se potonji spor nije odnosio na isto pravno pitanje. Suprotno tomu, Sud je u sličnim okolnostima presudio da se načelom pravne sigurnosti ne može opravdati nacionalno pravilo koje onemogućava nacionalnom sudu da pri donošenju svoje odluke uzme u obzir povrede odredbe ugovora zbog postojanja pravomoćne odluke nacionalnog suda⁴¹.

3. Primjena na ovaj slučaj

70. Dodjela naknade štete osobama koje su pretrpjele štetu zbog povrede pravila o provedbi postupaka javne nabave jedno je od sredstava koja se jamče pravom Unije⁴². Međutim, parafrazirajući riječi Suda u točki 43. presude od 26. studenoga 2015., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), međusobna povezanost postupovnih pravila koja se primjenjuju u glavnom postupku, može dovesti do toga da oštećena osoba bude lišena ne samo mogućnosti ukidanja odluke javnog naručitelja nego i svih sredstava predviđenih člankom 2. stavkom 1. Direktive 89/665.

71. Stoga se u ovom predmetu nameće slični zaključak. Pravu na djelotvoran pravni lijek iz članka 47. Povelje protivi se sustav, poput onog o kojem je riječ u glavnom predmetu, koji povrjeđuje navedeno pravo time što onemogućava ostvarivanje tužbe za naknadu štete zbog toga što zabranjuje da se uzme u obzir pravni razlog, za koji pojedinac bez svoje krivnje ili nemarnosti nije mogao znati prije podnošenja tužbe za poništenje ili, da preuzmem riječi iz presude od 7. lipnja 2007., Van der Weer i dr. (C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318), koji nije imao stvarnu mogućnost istaknuti pred nacionalnim sudom.

72. U ovom predmetu, povreda prava Unije koju Hochtief prvi put navodi pred Fővárosi Ítéltábla (Okružni žalbeni sud u Budimpešti) temelji se na presudi od 3. ožujka 2005. Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), koja je postala „dostupna” u verziji na mađarskom jeziku tek nakon pokretanja spora pred arbitražnom komisijom⁴³.

39 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi (SL 2007., L 335, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 198.)

40 Presuda od 26. studenoga 2015., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, t. 39. i 40.)

41 Vidjeti u tom smislu presudu od 11. studenoga 2015., Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, t. 45.).

42 Presuda od 26. studenoga 2015., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, t. 43.)

43 Suprotno onome što je isticao Hochtief na raspravi održanoj 30. travnja, smatram da se argument koji se temelji na presudi od 3. ožujka 2005. (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127) u bitnome razlikuje od argumenta koji je prvotno istaknut u zahtjevu kojim se pokreće postupak. Naime, pravni problem istaknut u prethodno navedenoj presudi, odnosi se na prava obrane, a ne na problem neusklađenosti ponude kao takve.

73. Ostaje vidjeti je li se poduzetnik poput Hochtiefa, društva uređenog njemačkim pravom, sa sjedištem u Njemačkoj, stvarno nije mogao upoznati s presudom Suda prije njezina prijevoda na mađarski jezik. Činjenica da je tajništvo Suda, nastavno na zahtjev na njemačkom koji je došao iz njemačkog sjedišta Hochtiefa, na njemačkom jeziku dalo informaciju o dostupnosti presude od 3. ožujka 2005., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127) na mađarskom jeziku, nedvojbeno je element koji treba uzeti u obzir. Međutim, što se tiče činjeničnog pitanja, na sudu je koji je uputio zahtjev da utvrdi je li Hochtief imao *stvarnu mogućnost* istaknuti taj razlog pred arbitražnom komisijom (ili pred sudom, ako arbitražna komisija nije trebala imati svojstvo suda u smislu članka 267. UFEU-a⁴⁴). Ako takva mogućnost nije postojala, trebalo je biti moguće prihvatiti njegovu tužbu za naknadu štete unatoč tome što odluka javnog naručitelja nije ukinuta.

VI. Zaključak

74. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je postavila Kúria (Vrhovni sud, Mađarska) odgovori na sljedeći način:

- „1. Pravu Unije ne protivi se nacionalni postupovni propis kojim se podnošenje tužbe za naknadu štete uvjetuje time da je tijelo koje u tu svrhu ima potrebna svojstva u smislu članka 2. stavka 6. 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, prethodno konačno utvrdilo da je odluka javnog naručitelja nezakonita.
2. Članku 2. stavku 6. Direktive 89/665 ne protivi se to da države članice predvide slučajeve u kojima izostanak prethodnog ukidanja nije razlog za nedopuštenost tužbe za naknadu štete koja se temelji na nepravilnosti odluke javnog naručitelja.
3. Članku 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima protivi se nacionalni propis kojim se podnošenje tužbe za naknadu štete zbog povrede pravnog pravila o javnoj nabavi, uvjetuje prethodnim utvrđenjem nezakonitosti postupka nabave o kojem je riječ ako podnositelj zahtjeva za naknadu štete nije imao stvarnu mogućnost istaknuti pred nacionalnim sudom razlog koji želi navesti u potporu svojoj tužbi za naknadu štete.”

⁴⁴ Svojstvo „suda” u smislu članka 267. UFEU-a ovisi o nizu elemenata kao što su utemeljenost tijela o kojem je riječ na zakonu, njegova stalnost, svojstvo obvezne nadležnosti, kontradiktorna narav postupka, primjena pravnih pravila te njegova neovisnost (vidjeti, među ostalim, presudu od 17. rujna 1997., Dorsch Consult, C-54/96, EU:C:1997:413, t. 23. kao i, za noviju primjenu, presudu od 6. listopada 2015., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, t. 17.). Može se napomenuti da je Sud već imao priliku u više navrata presuditi da tijela kao što su arbitražne komisije treba kvalificirati kao „sud” u smislu članka 267. UFEU-a ako ispunjavaju prethodno navedene uvjete. U tom pogledu, osim dvije prethodno navedene presude, vidjeti presude od 4. veljače 1999., Köllensperger i Atzwanger (C-103/97, EU:C:1999:52); od 18. studenoga 1999., Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567); od 18. lipnja 2002., HI (C-92/00, EU:C:2002:379); od 13. prosinca 2012., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801); od 18. rujna 2014., Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235); od 24. svibnja 2016., MT Højgaard i Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347); od 27. listopada 2016., Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), kao i od 8. lipnja 2017., Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431).