

Predmet C-387/19

**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 98. stavka 1.
Poslovnika Suda**

Datum podnošenja:

17. svibnja 2019.

Sud koji je uputio zahtjev:

Raad van State (Belgija)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

7. svibnja 2019.

Tužitelji:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Tuženik:

Vlaams Gewest

Predmet glavnog postupka

Tužba za poništenje odluke Afdelinga Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest (Odjel za ceste i promet istočne Flandrije pri Agenciji za ceste i promet regije Flandrije) od 29. studenoga 2016. kojom se ugovor o javnoj nabavi o izvršavanju cestovnih građevinskih radova dodjeljuje konkurentu tužiteljâ

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Pravna osnova: članak 267. UFEU-a

Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na pitanje treba li od ponuditelja, kojeg je javni naručitelj zbog „teškog profesionalnog propusta” pri obavljanju profesionalne djelatnosti isključio, očekivati da sam navede moguće teške profesionalne propuste i mjere dobrovoljne rehabilitacije koje je poduzeo u tom pogledu ili javni naručitelj, nakon što utvrdi da je, prema njegovu mišljenju, riječ

o teškom profesionalnom propustu koji može dovesti do isključenja, treba predvidjeti i kontradiktorni postupak prije nego što zaista donese odluku o isključenju.

Prethodna pitanja

1. Treba li članak 57. stavak 4. točke (c) i (g) u vezi s člankom 57. stavcima 6. i 7. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ tumačiti na način da mu se protivi primjena prilikom koje je sam gospodarski subjekt obavezan dostaviti dokaz o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost?
2. Ako je odgovor potvrđan: Ako se tumače na taj način, imaju li članak 57. stavak 4. točke (c) i (g) u vezi s člankom 57. stavcima 6. i 7. [Direktive 2014/24] izravan učinak?

Navedene odredbe prava Unije

- Članak 57. stavak 4. točke (c) i (g), članak 57. stavci 6. i 7., članak 69. stavak 1. te članak 90. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.)
- Opće pravno načelo kontradiktornosti postupka
- Provedbena uredba Komisije (EU) 2016/7 od 5. siječnja 2016. o utvrđivanju standardnog obrasca za europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi (SL 2016., L 3, str. 16.)

Navedene odredbe nacionalnog prava

- Članak 23. i članak 24. Zakona od 15. lipnja 2006. o ugovorima o javnoj nabavi i određenim ugovorima o javnoj nabavi radova, ugovorima o javnoj nabavi robe i ugovorima o javnoj nabavi usluga
- Članak 2. i članak 3. Zakona od 29. srpnja 1991. o izričitom obrazlaganju upravnog akta
- Članak 70. Zakona od 17. lipnja 2016. o ugovorima o javnoj nabavi
- Članak 61. stavci 1. i 2. Kraljevskog dekreta od 15. srpnja 2011. o dodjeli ugovora o javnoj nabavi u uobičajenim područjima

- Članak 20. Općih uvjeta za ugovore o javnoj nabavi radova, ugovore o javnoj nabavi robe i ugovore o javnoj nabavi usluga te za davanje koncesija za javne radove, priloženih Kraljevskom dekretu od 26. rujna 1996.
- Opća pravna načela dobre uprave: Načelo jednakosti, tržišnog natjecanja, dužne pažnje i transparentnosti te načelo obrazlaganja merituma

Kratki prikaz činjeničnog stanja i glavnog postupka

- 1 Agencija za ceste i promet regije Flandrije raspisala je natječaj za sklapanje ugovora o javnoj nabavi o izvršavanju cestovnih građevinskih radova. Ugovor je dodijeljen javnim natječajem. U obavijesti se izričito navodilo da javni naručitelj može isključiti ponuditelja ako je taj ponuditelj počinio teški profesionalni propust.
- 2 Ponuda tužiteljâ, koji su zajedno činili privremenu zajednicu poduzetnika, u odluci o dodjeli isključena je iz sudjelovanja u ugovoru zbog teških profesionalnih propusta. U obrazloženju izvješća o dodjeli, koje se uzelo u obzir prilikom donošenja odluke o dodjeli, navode se postupci koje tužitelji smatraju teškim profesionalnim propustima. Riječ je, među ostalim, o povredama sigurnosnih i zdravstvenih propisa u brodogradilištima, lošoj opremljenosti znakovima na cestama i (tehničkim) nedostacima pri izvršavanju ranijih građevinskih radova.
- 3 Tužitelji su protiv te odluke o dodjeli podnijeli tužbu za poništenje sudu koji je uputio zahtjev.
- 4 Taj je sud utvrdio da je za odlučivanje o sporu potrebno tumačenje prava Unije, konkretno članka 57. Direktive 2014/24.

Glavni argumenti stranaka glavnog postupka

- 5 Tužitelji upućuju na povredu članaka 23. i 24. prethodno navedenog Zakona od 15. lipnja 2006., članka 57. stavaka 4., 6. i 7. Direktive 2014/24, načela *audi et alteram partem* utvrđenog Direktivom, članka 2. i 3. Zakona od 29. srpnja 1991. („Zakon o izričitom obrazlaganju”) kao i nekoliko općih pravnih načela dobre uprave.
- 6 Smatraju da prije isključenja zbog navodnih teških profesionalnih propusta trebaju dobiti mogućnost obrane kako bi mogli dokazati da su otklonili poteškoće. Prethodno navedenim odredbama Direktive predviđa se kontradiktorni postupak u kojem ponuditelj može dostaviti dokaz o tome da su ranije pogreške ispravljene ili otklonjene, a osim toga, tim se odredbama određuje da se na temelju postupanja poput onih o kojima je riječ u ovom slučaju, ponuditelja može isključiti na najviše tri godine, čak i onda kad ponuditelj nije pružio dokaze da je u međuvremenu otklonio poteškoće.

- 7 Tužitelji se pritom pozivaju na izravan učinak prethodno navedenih odredbi Direktive.

Na tu direktivu, koja nije pravodobno prenesena u belgijsko pravo, tužitelji se mogu pozvati u pogledu tuženika kao regionalnog tijela, s obzirom na to da Sud široko tumači pojam „država”.

Navedene su odredbe bezuvjetne, jasne i precizne. Naznaka da država članica „treba poduzeti odgovarajuće mjere” i puko upućivanje u preambuli na to da države članice same trebaju razraditi točne postupovne i materijalne uvjete – uvjeti koje se prema mišljenju tužiteljâ odnose jedino na postupak – sami po sebi ne znače da je uvođenje prava svakog gospodarskog subjekta da dokaže svoju rehabilitaciju uvjetovano.

Tužitelji, među ostalim, upućuju na strukturu Direktive koju, prema njihovu mišljenju, treba tumačiti na način da svaki gospodarski subjekt treba dobiti mogućnost da dokaže da je poduzeo mjere ako javni naručitelj smatra da je zbog propusta narušen integritet gospodarskog subjekta. Naime, ponuditelj može znati što naručitelj smatra teškim propustom samo ako ga se o tome obavijesti. Slijedom toga, „kontradiktorni postupak [...] s obzirom na *ratio legis* pretpostavlja da osoba koja smije uložiti prigovore zna protiv čega može uložiti prigovore”. Stoga nije točno da natjecatelj, odnosno ponuditelj „sam” treba dokazati da je poduzeo naknadne mjere. Prema tvrdnjama tužiteljâ, ta obveza koja se nalaže budućim pravom ne vrijedi za predmetni ugovor te je osim toga protivna biti i cilju članka 57. Direktive kojim se, kao i u slučaju neuobičajenih cijena, predviđa kontradiktorni postupak ocjene.

Osim toga, povrijeđeno je i načelo *audi et alteram partem* koje se izričito navodi u Direktivi. Nadalje, tuženik je povrijeđio svoju obvezu dužne pažnje, kao i načelo transparentnosti, načelo poštenog tržišnog natjecanja i načelo jednakosti jer prema tužiteljima nije postupao kao prema svojim „europskim kolegama”.

- 8 Tuženik prije svega osporava da članak 57. Direktive 2014/24 ima izravan učinak. Osporava da je stavak 6. tog članka bezuvjetan, jasan i precizan. Barem u pogledu naknadnih mjera nije ispunjen navedeni zahtjev s obzirom na to da se člankom 57. stavkom 7. određuje da „[d]ržave članice, uzimajući u obzir pravo Unije, određuju provedbene uvjete za ovaj članak zakonima i drugim propisima”. Tuženik u tom pogledu istodobno upućuje na uvodnu izjavu 102. Direktive. Usto, činjenica da je sustav naknadnih mjera u Direktivi samo ukratko „razrađen” znači da države članice u tom pogledu imaju široku diskrecijsku ovlast pri prenošenju Direktive. Na primjer, Direktivom se ne određuje ni kad natjecatelj, odnosno ponuditelj treba priopćiti da su donesene naknadne mjere ni na koji način to valja učiniti. Činjenica da države članice imaju široke ovlasti kako bi samostalno razradile propis o naknadnim mjerama također proizlazi iz okolnosti da se Direktivom državama članicama prepušta da odrede koje je tijelo – javni naručitelj ili neka druga instanca – odgovorno za ocjenu naknadnih mjera. Na to upućuje i činjenica da je belgijski zakonodavac temeljna pitanja u vezi s propisom o naknadnim mjerama

obuhvatio, u trenutku dodjele ugovora, još uvijek budućim pravom (članak 70. Zakona od 17. lipnja 2016. kojim je prenesen članak 57. Direktive 2014/24), odnosno da ih je u tom pravu pojasnio.

- 9 Podredno, tuženik navodi da se pobijanom odlukom ne povređuje pravilo o dobrovoljnoj rehabilitaciji utvrđeno Direktivom. Budući da se u Direktivi samo vrlo općenito opisuje kako valja urediti sustav naknadnih mjera, javni naručitelj vrlo teško može utvrditi kako treba primijeniti dobrovoljnu rehabilitaciju u skladu s člankom 57. stavkom 6. Stoga je logično da se u takvim okolnostima uzima u obzir Zakon od 17. lipnja 2016. kojim se nalaže obveza samoinicijativnog dokazivanja konkretno poduzetih mjera unatoč tomu što taj zakon još nije stupio na snagu. Tužitelje ništa nije sprečavalo u tome da prilikom podnošenja svoje ponude sami izvijeste o predmetnim naknadnim mjerama.

Takvo uređenje propisa o naknadnim mjerama prema mišljenju tuženika nije protivno članku 57. Direktive. Naime, ponuditelj najbolje može ocijeniti je li obuhvaćen nekom od fakultativnih osnova za isključenje i treba li stoga poduzeti naknadne mjere. U predmetnom slučaju težina propusta počinjenih pri ranijim građevinskim radovima bila je očita, osobito jer je te ugovore također dodjeljivao tuženik.

Što se tiče usporedbe s kontradiktornim postupkom preispitivanja u pogledu neuobičajenih cijena, tuženik također ističe da, kao što proizlazi iz samog članka 57. stavka 6. i usporedbe s člankom 69. stavkom 1. Direktive, postoji temeljna razlika između tih dvaju propisa.

Osim toga, upućuje na Provedbenu uredbu 2016/7 kojoj je priložen standardni obrazac kojim se omogućuje da se, u pogledu svake fakultativne osnove za isključenje, uključujući teške profesionalne propuste, navede jesu li poduzete mjere dobrovoljne rehabilitacije i da ih se po potrebi opiše. Slijedom navedenog, i prema mišljenju Europske komisije, iz Direktive 2014/24 proizlazi da je na natjecatelju, odnosno ponuditelju da sam preuzme inicijativu i da obavijesti javnog naručitelja o eventualnim naknadnim mjerama.

Osim toga, ne može se prihvatiti to da se postupak dobrovoljne rehabilitacije razlikuje ovisno o relevantnoj osnovi za isključenje. Budući da Direktiva ima za cilj znatno administrativno pojednostavljenje postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi, namjera europskog zakonodavca nije mogla biti predviđanje različitih postupaka u području dobrovoljne rehabilitacije.

Podrednije, tuženik navodi da nisu povrijeđena načela dobre uprave. Naposljetku upućuje na ustaljenu sudsku praksu Raada van State (Državno vijeće, Nizozemska) o pravu na saslušanje i ističe da javni naručitelj koji želi donijeti odluku o isključenju u načelu nije obvezan provesti saslušanje jer ne ukida prethodno dodijeljenu povlasticu i ne određuje sankciju, nego samo odbija dodijeliti zahtijevanu povlasticu.

Kratki pregled obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 10 Sud koji je uputio zahtjev najprije utvrđuje da je obavijest o nadmetanju objavljena 11. i 13. svibnja 2016., odnosno nakon isteka roka za prenošenje Direktive do 18. travnja 2016. Od tog datuma također valja upotrebljavati standardni obrazac iz Provedbene uredbe 2016/7 za izdavanje europske jedinstvene dokumentacije o nabavi. U tom se obrascu u dijelu „Osnove za isključenje” može navesti je li gospodarski subjekt poduzeo mjere dobrovoljne rehabilitacije i po potrebi opisati te mjere.

Člankom 61. stavkom 2. točkom 4. Kraljevskog dekreta iz 2011., koji se primjenjuje na glavni postupak i na temelju kojeg su tužitelji isključeni, određuje se da se natjecatelji, odnosno ponuditelji koji su u okviru svoje profesionalne djelatnosti počinili teški profesionalni propust mogu isključiti u bilo kojoj fazi postupka nabave.

Nadalje, sud koji je uputio zahtjev ističe da u trenutku donošenja pobijane odluke još nije bio na snazi Zakon od 17. lipnja 2016. kojim se predviđa postupak u kojem natjecatelji, odnosno ponuditelji koji bi na temelju teškog profesionalnog propusta mogli biti isključeni mogu sami dokazati da su poduzeli „naknadne mjere”.

Prilikom ocjene tužbe za poništenje valja odgovoriti na pitanje protivi li se članku 57. stavku 4. točkama (c) i (g) u vezi s člankom 57. stavicama 6. i 7. Direktive 2014/24 primjena u okviru koje se isključuje gospodarski subjekt koji je, kao u ovom slučaju, prema mišljenju javnog naručitelja počinio teški profesionalni propust i nije sam prijavio eventualne naknadne mjere, a da pritom nije dobio priliku, koju je javni naručitelj izričito predvidio u okviru planiranog isključenja, da dokaže da je poduzeo eventualne mjere i da je ipak pouzdan ili da ga se pritom u obavijesti ili u natječajnoj dokumentaciji pozvalo da to učini.

Ako odgovor na prethodno pitanje glasi da se Direktivom dopušta takva primjena, ne treba detaljnije razmatrati pitanje imaju li relevantne odredbe Direktive izravan učinak.

Međutim, ni iz teksta predmetne odredbe ni iz sudske prakse Suda ne može se jednoznačno zaključiti kako valja odgovoriti na to pitanje.

Naime, u ranijoj sudskoj praksi Suda, među ostalim u presudi od 24. listopada 2018., Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, t. 20. do 23. i izreka) o pravilu o dobrovoljnoj rehabilitaciji nije riječ o pitanju iz ovog slučaja, odnosno pitanju treba li članak 57. stavak 6. Direktive tumačiti na način da gospodarski subjekt sam treba navesti mjere dobrovoljne rehabilitacije ili ga se treba pozvati da to učini prije donošenja odluke o isključenju.

Tekst predmetne odredbe Direktive ne daje odgovor na to pitanje s obzirom na to da se njome propisuje samo sljedeće: „Svaki gospodarski subjekt koji se nalazi u nekoj od situacija iz stavaka 1. i 4. može pružiti dokaze kako bi dokazao da su

mjere koje je poduzeo dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost bez obzira na postojanje nekog relevantnog razloga za isključenje.” U uvodnoj izjavi 102. također se samo općenito upućuje na to da bi „[g]ospodarski subjekti trebali [...] imati mogućnost zatražiti da se preispitaju mjere sukladnosti poduzete u svrhu mogućeg uključivanja u postupak nabave”.

U tom se standardnom obrascu iz Provedbene uredbe 2016/7, u dijelu „Osnove za isključenje”, može navesti je li gospodarski subjekt poduzeo mjere dobrovoljne rehabilitacije i po potrebi opisati te mjere.

Međutim, moguće osnove za isključenje odnose se na različite situacije. U nekim slučajevima gospodarski subjekt može jasno predvidjeti postoji li osnova za isključenje. Kad je riječ o drugim osnovama za isključenje, to je manje očito. Postoje obvezujuće i fakultativne osnove za isključenje. Ako se, kao u ovom slučaju, uzima u obzir „teški profesionalni propust”, tada je u skladu s uvodnom izjavom 101. Direktive na javnom naručitelju da utvrdi je li riječ teškom poslovnom prekršaju. U tom slučaju, predmetni ponuditelj ne može uvijek predvidjeti klasifikaciju koju kao takvu provodi javni naručitelj. Treba li ponuditelj u tom slučaju djelovati samoinicijativno ili javni naručitelj, nakon što utvrdi teški profesionalni propust koji može dovesti do isključenja, treba predvidjeti kontradiktorni postupak?

Osim toga, mjere dobrovoljne rehabilitacije mogu se obuhvatiti prilikom ispitivanja proporcionalnosti mjere isključenja. Čini se da tumačenje prema kojem treba predvidjeti kontradiktorni postupak prije nego što se zaista donese odluka o isključenju potiče tržišno natjecanje.

Suprotno tomu, ako se inicijativa prepusti ponuditelju, veća je vjerojatnost da će više javnih naručitelja raspolagati istim informacijama kad budu trebali donijeti odluku o dodjeli te će se u tom smislu povećati transparentnost.

Što se tiče analogije s propisom o ispitivanju neuobičajenih cijena, sud koji je uputio zahtjev utvrđuje da se člankom 69. Direktive, koji se odnosi na izuzetno niske cijene, javnom naručitelju propisuje poduzimanje niza aktivnih radnji, i da to nije izričito slučaj u pogledu pravila o dobrovoljnoj rehabilitaciji iz članka 57. stavka 6. Direktive. Nadalje, taj sud upućuje na različite ciljeve pravila o neuobičajenim cijenama i pravila o dobrovoljnoj rehabilitaciji.

- 11 Što se tiče izravnog učinka predmetnih odredbi, sud koji je uputio zahtjev ističe da Sud još nije odlučivao o tome. Međutim, može se zaključiti da su potrebne dodatne mjere kako bi se članak 57. stavak 6. Direktive 2014/24 mogao primijeniti, osobito jer se ondje navodi da svaki gospodarski subjekt može pružiti dokaze kako bi dokazao da su mjere koje je poduzeo dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost bez obzira na postojanje nekog relevantnog razloga za isključenje. Isto vrijedi za članak 57. stavak 7. te direktive. Prema tome, Direktivom se ne određuje ni kad natjecatelj odnosno ponuditelj treba priopćiti da su donesene

naknadne mjere, ni na koji način to valja učiniti kao ni tko je odgovoran za ocjenu mjera.

- 12 Suprotno tomu, iz sudske prakse Suda proizlazi da se tekstu odredbe u skladu s kojom država članica „treba poduzeti odgovarajuće mjere” ne protivi sama po sebi bezuvjetna i dovoljno precizna dodjela konkretnog prava Direktivom. Iako se na prvi pogled čini da odredbe o dobrovoljnoj rehabilitaciji općenito nemaju izravan učinak, za neke dijelove tih odredbi koje se smatra minimalnim jamstvom to se ne može u potpunosti isključiti.

Ako Sud smatra da to što ponuditelj na temelju članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24 ima mogućnost dokazati svoju pouzdanost unatoč isključenju zbog teškog profesionalnog propusta znači da javni naručitelj u svakom slučaju ponuditelju treba pružiti tu mogućnost prije nego što ga zbog toga isključi, postavlja se pitanje je li u tom slučaju riječ o nekoj vrsti minimalne zaštite koja se na temelju Direktive može vrlo precizno odrediti.

- 13 Prema tome, budući da postoje dvojbe u pogledu tumačenja predmetnih odredbi, sud koji je uputio zahtjev odlučio je postaviti Sudu prethodno navedena pitanja.