

Predmet C-835/19**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda****Datum podnošenja:**

18. studenoga 2019.

Sud koji je uputio zahtjev:

Consiglio di Stato (Italija)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

13. lipnja 2019.

Tužitelj i žalitelj:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A.

Tuženici i druge stranke u žalbenom postupku:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Umještači:

Autorità di bacino del Po

Regija Pijemont

Predmet glavnog postupka

Žalbe koje je društvo Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (u daljnjem tekstu: društvo Ativa) podnijelo Consigliu di Stato (Državno vijeće, Italija) protiv presuda kojima je Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (Okružni upravni sud Pijemonta, Italija) odbio tužbe tog društva protiv dviju odluka Ministera delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministarstvo infrastrukture i prometa, u daljnjem tekstu: Ministarstvo) kojima nisu prihvaćena dva prijedloga društva Ativa za financiranje projekta (*project financing*), a koji se, među ostalim, odnose na koncesije za autoceste.

Predmet i pravna osnova zahtjeva za prethodnu odluku

Sud koji je uputio zahtjev pita je li talijansko zakonodavstvo o dodjeli koncesija za autoceste, kojim se trenutačno isključuje financiranje projekta – što je posebni postupak za ostvarivanje javnih projekata u pravilu bez javnih financijskih troškova – u skladu s Direktivom 2014/23, posebice s načelom utvrđenim uvodnom izjavom 68. i člankom 30. te direktive, prema kojem bi se javnim naručiteljima trebala omogućiti znatna fleksibilnost za određivanje i organizaciju postupka izbora koncesionara.

Prethodno pitanje

Protivi li se pravu [Europske unije], a osobito načelima utvrđenima Direktivom [2014/23], posebice slobodi izbora postupaka dodjele u skladu s načelima transparentnosti i [jednakog] postupanja iz uvodne izjave 68. i članka 30. u okviru dodjele koncesija, nacionalna odredba članka 178. stavka 8.-bis Decreta legislativo n. 50 (Zakonodavna uredba br. 50) od 18. travnja 2016., kojim se upravnim tijelima bezuvjetno zabranjuje dodjela koncesija za autoceste koje su istekle ili koje istječu, primjenom postupaka iz članka 183. kojim se uređuje financiranje projekta?

Navedene odredbe prava Unije

Direktiva br. 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji (u daljnjem tekstu: Direktiva 2014/23)

Navedene nacionalne odredbe

Sud koji je uputio zahtjev upućuje na određene regulatorne akte o koncesijama za autoceste i financiranju projekta, a osobito na sljedeće odredbe:

Decreto legislativo n. 163 (Zakonodavna uredba br. 163) od 12. travnja 2006. (u daljnjem tekstu: stari Zakonik o javnoj nabavi), posebice članak 153. stavak 19., kojim se uređuje financiranje privatnog projekta. Postupak dodjele podijeljen je tom odredbom na dvije faze: a) prethodnu fazu, kojom se odobrava prijedlog pretprojekta koji je podnio predlagatelj i omogućuje eventualni naknadni postupak javne nabave, u kojoj je na upravnom tijelu da slobodno ocijeni usklađenost prijedloga s javnim interesom; b) fazu pokretanja uz odgovarajući poziv i provođenje postupka javne nabave na temelju kojeg se provodi odobreni projekt, a predlagatelj dobiva svojstvo investitora i ima pravo prvenstva.

Članak 8.-*duodecies* stavak 2.-*ter* Decreta legge n. 59 (Uredba sa zakonskom snagom br. 59) od 4. travnja 2008., kojim se izričito priznaje mogućnost dodjele ugovorâ o koncesiji te upravljanja i isključivog upravljanja u području cesta i

autocesta na temelju postupaka financiranja projekta predviđenih člankom 153. starog Zakonika o javnoj nabavi.

Decreto legislativo n. 50 (Zakonodavna uredba br. 50) od 18. travnja 2016. (u daljnjem tekstu: novi Zakonik o javnoj nabavi), kojim je stavljen izvan snage stari Zakonik o javnoj nabavi, a posebice:

- članak 178. stavak 1., kojim se zabranjuje produljenje koncesija za autoceste, i članak 178. stavak 8.-bis, uveden Decretom legislativo n. 56 (Zakonodavna uredba br. 56) od 19. travnja 2017., prema kojem „[u]pravna tijela ne mogu dodijeliti koncesije za autoceste koje su istekle ili koje istječu primjenom postupaka iz članka 183.”;
- članak 183., kojim se uređuje financiranje projekta na temelju novog Zakonika o javnoj nabavi; ta odredba u stavku 19. sadržava novi element u odnosu na staro uređenje, s obzirom na to da upravno tijelo više nije dužno tijekom preliminarnе faze ocijeniti usklađenost prijedloga s javnim interesom, nego izvedivost tog prijedloga;
- članak 216. stavak 1., kojim se, među ostalim, propisuje da se navedena zakonodavna uredba primjenjuje na postupke i na ugovore za koje su obavijesti odnosno pozivi kojima se pokreće postupak odabira ugovaratelja, objavljeni nakon datuma njezina stupanja na snagu te, u slučaju ugovora za koje se ne objavljuju obavijesti odnosno pozivi, na postupke i ugovore u odnosu na koje na dan stupanja na snagu tog zakonika još nisu poslani pozivi za podnošenje ponuda;
- članak 216. stavak 23., kojim se propisuje da pretprojekti koji se odnose na izvođenje javnih radova ili javnih komunalnih radova u vezi s prijedlozima za dodjelu u skladu s člankom 153. starog Zakonika o javnoj nabavi u pogledu kojih je već dostavljena izjava o javnom interesu, a koji na dan stupanja na snagu Zakonika još nisu bili odobreni, „podliježu procjeni ekonomske i financijske izvedivosti i odobrenju upravnog tijela u smislu odredbi ovog zakonika”.

Kratak prikaz činjeničnog stanja i postupka

- 1 Društvo Ativa, koncesionar za upravljanje dionicom autoceste na području Pijemonta na temelju više koncesija, od kojih je posljednja istekla 2016., podnijelo je 25. rujna 2015. prijedlog za financiranje projekta unutar koncesije za upravljanje dionicom autoceste.
- 2 Obaviješću od 29. srpnja 2016. Ministarstvo je odbilo prijedlog društva Ativa s obrazloženjem, među ostalim, da se na koncesije za upravljanje autocestama ne može primijeniti financiranje projekta i da prijedlog u pogledu oblika i sadržaja nije bio u skladu s odredbama članka 153. starog Zakonika o javnoj nabavi, kojim se propisuje da ponuditelj podnosi isključivo pretprojekt radova koji se trebaju

izvršiti, kojim se omogućuje naknadni postupak javne nabave, a ne iscrpan i konačan projekt kakav je podnio tužitelj.

- 3 Društvo Ativa podnijelo je Tribunaleu amministrativo regionale per il Piemonte (Okružni upravni sud Pijemonta) tužbu kojom je zatražilo poništenje navedene obavijesti te utvrđenje obveze Ministarstva da odluči o javnom interesu i/ili izvedivosti tužiteljeva prijedloga i da se, dakle, naloži tuženim upravnim tijelima da ocijene javni interes i/ili izvedivost tog prijedloga. Tužbom se ne osporava samo obrazloženje navedeno na temelju pobijane obavijesti, koje se odnosi na preveliku iscrpnost prijedloga, nego i nepoštovanje roka od tri mjeseca računajući od dana podnošenja prijedloga, u kojem ga je upravno tijelo moralo ocijeniti, kao i pogrešna primjena članka 183. novog Zakonika o javnoj nabavi na okolnosti predmetnog slučaja nakon podnošenja prijedloga, ali koji je bilo na snazi u vrijeme donošenja pobijane odluke.
- 4 Presudom od 31. kolovoza 2018. Tribunale amministrativo regionale (Okružni upravni sud) odbio je tu tužbu isključujući, s jedne strane, da nepoštovanje roka od tri mjeseca samo po sebi podrazumijeva nezakonitost pobijanog akta te potvrđujući, s druge strane, nedopuštenost prijedloga koji je podnijelo društvo Ativa, a koji je iscrpniji nego što se to zahtijeva u pogledu takvog preliminarnog prijedloga.
- 5 Društvo Ativa podnijelo je 20. rujna 2016. naknadni prijedlog za financiranje projekta koji se odnosio na istu koncesiju; taj je prijedlog odbijen obaviješću od 22. svibnja 2017., u kojoj se, osim što se ponavljaju razlozi na koje se poziva u pogledu prvog prijedloga, dodaje da je taj prijedlog u suprotnosti s člankom 178. stavkom 8.-bis Zakonodavne uredbe br. 50/2016, kojim se zabranjuje financiranje projekta radi dodjele koncesija za autoceste koje su istekle ili koje istječu. Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Okružni upravni sud Pijemonta) odbio je tužbu koju je podnijelo društvo Ativa protiv te obavijesti s obrazloženjem koje je slično onome iznesenom u prvoj presudi.
- 6 Društvo Ativa osporilo je dvije presude Tribunalea amministrativo regionale (Okružni upravni sud) pred Consigliom di Stato (Državno vijeće), sudom koji je uputio zahtjev.

Bitni argumenti stranaka u glavnom postupku

- 7 U žalbi protiv prve presude Tribunalea amministrativo regionale (Okružni upravni sud) društvo Ativa ističe da je Ministarstvo izrazilo želju da ne ocijeni njegov prijedlog i da koncesije za autoceste preuzme društvo Anas S.p.A. na temelju dodjele „in house”. Tvrdi da je Ministarstvo stoga htjelo spriječiti mogućnost da se društva koncesionari prije isteka koncesije pozovu na propise o financiranju projekta, a posebice na pravo prvenstva koje se investitoru priznaje na temelju prijedloga za financiranje projekta (pravo u pogledu kojeg Ministarstvo bezrazložno smatra da narušava tržišno natjecanje). Osim toga, društvo Ativa smatra da su izbor da se društvu Anas dodijeli upravljanje autocestama „in house”

i želja da se koncesionare za autoceste spriječi da upotrijebe postupak financiranja projekta, unatoč tomu što je u skladu sa zahtjevima tržišnog natjecanja, proturječni i nezakoniti. Naposljetku, žalbom u žalbenom postupku to je društvo ponovilo obrazloženje prvotne tužbe.

- 8 Žalbom protiv druge presude Tribunalea amministrativo regionale (Okružni upravni sud) društvo Ativa također tvrdi da se članak 178. stavak 8.-bis novog Zakonika o javnoj nabavi ne primjenjuje (ni) na njegov drugi prijedlog za financiranje projekta jer se radi o odredbi uvedenoj nakon podnošenja tog prijedloga. Smatra, stoga, da se na temelju članka 11. uvodnih odredbi [Građanskog zakonika] i načela *tempus regit actum* na prijedlog primjenjuju propisi koji su bili na snazi u trenutku njegova podnošenja. S druge strane navodi da je prethodno navedena odredba u očitoj suprotnosti s propisima o koncesiji i odnosima javno-privatnog partnerstva, koji su navedeni u Direktivi 2014/23. Konkretno, ističe da treba uzeti u obzir načelo slobode postupka, kojim se „javnim naručiteljima i naručiteljima omogućuje znatna fleksibilnost za određivanje i organizaciju postupka koji vodi do izbora koncesionara” (uvodna izjava 68.), kako bi se u smislu odredbi članka 30. i članka 37. stavka 6. Direktive mogao odabrati postupak koji je najviše u skladu s potrebama koje treba zadovoljiti, a na nacionalnom zakonodavcu je da to načelo provede. S druge strane, smatra da se spornom odredbom nepotrebno postrožava sustav i neopravdano ograničava sloboda upravnih tijela zabranjujući im da primjenjuju postupke financiranja projekta.
- 9 Druge stranke u žalbenom postupku tvrde da se članak 178. stavak 8.-bis primjenjuje *ratione temporis* na predmetni slučaj unatoč tomu što se njime želi utjecati na koncesije „koje su istekle ili koje istječu” te da je, stoga, zakonodavac namjerno smatrao da se primjenjuje na situacije poput one u ovom predmetu radi većeg otvaranja tržišnom natjecanju i kako bi se izbjeglo dodatno osnaživanje prethodnih nositelja koncesija koje ističu, a dodijeljene su bez nadmetanja. Pozivaju se na sudsku praksu prema kojoj se zakonitost upravnog akta treba utvrditi s obzirom na činjenične i pravne okolnosti koje postoje na dan njegova donošenja.
- 10 Na temelju tih argumenata, druge stranke u žalbenom postupku navode da se odredbe novog Zakonika o javnoj nabavi primjenjuju i na prvi prijedlog koji je društvo Ativa podnijelo prije njegova stupanja na snagu jer se ovaj predmet odnosi na fazu postupka koja prethodi javnoj nabavi koja je provedena nakon stupanja na snagu tog zakonika. Slično rješenje potvrđeno je člankom 216. stavkom 23. istog zakonika, prema kojem se pretprojekti koji se odnose na prijedloge za koncesiju u skladu s člankom 153. starog Zakonika o javnoj nabavi, a koji na dan stupanja na snagu novog Zakonika još nisu odobreni, podliježu procjeni ekonomske i financijske izvedivosti i odobrenju upravnog tijela u smislu odredbi novog Zakonika.
- 11 Osim toga, druge stranke u žalbenom postupku osporavaju argumente društva Ativa u pogledu suprotnosti članka 178. stavka 8.-bis novog Zakonika o javnoj

nabavi s pravom Unije. Smatraju da svrha zabrane koja je njime predviđena jest otvaranje tržišnom natjecanju kako bi omogućila najšira primjena načela prava Unije kojima se štiti tržišno natjecanje i tržište, a među njima je i zabrana produljenja svih koncesija, uključujući i one za autoceste (zadnja rečenica članka 178. stavka 1. tog zakonika), te, stoga, obveza da se postupci javne nabave pokrenu i u pogledu koncesija za autoceste koje su istekle ili koje istječu.

Kratak prikaz obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku

- 12 Sud koji je uputio zahtjev slaže se s navodom drugih stranaka u žalbenom postupku u pogledu primjenjivosti *ratione temporis* novog Zakonika o javnoj nabavi, osobito njegova članka 178. stavka 8.-bis. U tom smislu podsjeća da upravno tijelo može postupati isključivo u skladu sa zakonom koji je na snazi u trenutku njegova očitovanja volje; posljedično, zakonodavstvo koje je na snazi na dan podnošenja zahtjeva ne obvezuje upravno tijelo, osim ako se sâmmim zakonom ne određuje drugačije, te zahtjev treba ocijeniti primjenjujući propise koji su na snazi u vrijeme završetka postupka.
- 13 Prijelazna odredba članka 216. novog Zakonika o javnoj nabavi dovodi do primjene prethodno izloženih načela, propisujući u svojem stavku 1. da je postupak javne nabave u potpunosti uređen propisima koji su na snazi u vrijeme njegova pokretanja, što se odnosi na obavijesti odnosno pozive kojima se pokreće postupak (ili, u slučaju ugovora za koje se ne objavljuju obavijesti odnosno pozivi, na datum slanja poziva za podnošenje ponuda), te u svojem stavku 23. da pretprojekti predloženi u skladu sa starim Zakonikom o javnoj nabavi, a koji još nisu odobreni, podliježu procjeni ekonomske i financijske izvedivosti i odobrenju upravnog tijela u smislu odredbi novog Zakonika o javnoj nabavi.
- 14 Stoga, ako pretprojekt za prijedlog za koncesiju koji je podnesen u okviru starog sustava, još nije odobren u vrijeme stupanja na snagu novog zakona, može ga se, prema potrebi, odobriti isključivo u skladu s odredbama novog zakona, a naknadni postupak javne nabave na temelju koje se zatim mora izvesti projekt izvedivosti nakon što ga se odobri, mora se provesti u skladu s odredbama novog Zakonika o javnoj nabavi, uključujući zabranu iz članka 178. stavka 8.-bis; dakle, ta se odredba primjenjuje u predmetnom slučaju.
- 15 Sud koji je uputio zahtjev smatra da s obzirom na taj zaključak valja razmotriti prigovor društva Ativa koji se odnosi na suprotnost članka 178. stavka 8.-bis novog Zakonika o javnoj nabavi s pravom Unije. Navodi u tom pogledu da je navedeni članak 178., kojim se u stavku 1. utvrđuje zabrana produljenja koncesija za autoceste, odredba koja nije izravno utemeljena na Direktivi 2014/23 već predstavlja provedbu odredbe Legge di delega (Zakon o davanju ovlasti), u skladu s kojim je trebalo predvidjeti pokretanje postupaka javne nabave za dodjelu novih koncesija za autoceste najmanje 24 mjeseca prije isteka postojećih koncesija, zajedno s revizijom sustava koncesija za autoceste, posebice u pogledu uvođenja zabrane odredbi o produljenju.

- 16 Čini se da se zabrana iz tog stavka 8.-bis, koja je uvedena Zakonom uredбом br. 56/2017 i koja se izričito odnosi na dodjele koncesija „koje su istekle ili koje istječu”, ne može nedvojbeno protumačiti u smislu da se radi o isključivo prijelaznoj odredbi – suprotno onomu što tvrde druge stranke u žalbenom postupku upućujući na zabranu koncesija „koje su istekle ili koje istječu” u vrijeme stupanja na snagu novog Zakonika o javnoj nabavi. Čini se da se tekstom stavka 8.-bis predviđa opća zabrana dodjele koncesija za autoceste na temelju postupka financiranja projekta ako je za infrastrukturu već dodijeljena koncesija te bi se stoga mogla široko tumačiti kao odredba koju treba primijeniti ne isključivo kao prijelaznu odredbu, nego stalno, kao u slučaju nove koncesije koja se dodjeljuje koncesionaru čija je koncesija istekla. Stoga je ovaj sud suočen s dvojmom u pogledu tumačenja u vezi s uvjetima primjene navedene odredbe i njihovim granicama. Čini se da obje mogućnosti tumačenja odgovaraju svrsi zabrane, koja prema mišljenju drugih stranaka u žalbenom postupku proizlazi iz potrebe za suzbijanjem zaobilaženja zabrane produljenja koncesija ako se radi o koncesionaru čija je koncesija istekla/ističe, kao što je to slučaj u ovom predmetu.
- 17 Općenito govoreći, financiranje projekta mora radi zaštite tržišnog natjecanja i jednakog položaja potencijalno zainteresiranih osoba biti u skladu s načelima javne nabave. U pogledu početne faze utvrđivanja investitora, u okviru koje se prijedlog nekada prethodno ocjenjivao s obzirom na njegovu sukladnost s javnim interesom, a danas s obzirom na njegovu izvedivost, postoji vrlo široko diskrecijsko pravo upravnog odlučivanja; u toj fazi nije riječ o izboru najbolje ponude na temelju prethodno utvrđenih tehničkih i ekonomskih kriterija, nego o ocjeni prethodne izvedivosti prijedloga projekta. Naime, dodjela koncesije uslijedit će nakon završetka naknadnog postupka javne nabave, na temelju kriterija ekonomski najpovoljnije ponude; ta je faza neovisna o prethodnoj i provodi se upravo u skladu s pravilima o javnoj nabavi, i to isključivo pod uvjetom da je prednost na temelju prava prvenstva priznata investitoru pod unaprijed utvrđenim uvjetima.
- 18 Čini se da predviđanje takve prednosti nije u suprotnosti s načelima transparentnosti i jednakog postupanja koja su utvrđena pravom Europske unije, s obzirom na to da su svi sudionici, kao što je to naveo nezavisni odvjetnik u mišljenju u predmetu C-412/04, upoznati s povlasticama (koje se sastoje u pozivu na sudjelovanje u pregovaračkom postupku i pravu prvenstva u korist investitora) i kriterijima ocjene, kako je trenutačno osigurano postupkom predviđenim člankom 183. stavkom 15. novog Zakonika o javnoj nabavi.
- 19 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev čini se, stoga, da valja isključiti mogućnost da se prijedlog za financiranje projekta radi dodjele koncesije smatra „produljenjem” prethodne koncesije; osim toga, kad bi to bio slučaj, nije jasno zašto bi se zabrana trebala ograničiti isključivo na koncesije za autoceste. Ta je zabrana bezuvjetna i apstraktna te uvijek i u svakom slučaju sprečava upravna tijela da upotrebljavaju financiranje projekta za tu vrstu koncesija, i to ne isključivo za koncesije za autoceste koje su istekle ili koje ubrzo istječu na dan

stupanja na snagu novog Zakonika o javnoj nabavi, nego i za koncesije za autoceste koje će isteći u okviru redovnog sustava.

- 20 Zbog toga se čini da je osnovano pitanje koje je postavilo društvo Ativa u pogledu suprotnosti te odredbe s načelima iz Direktive 2014/23, osobito s načelom iz uvodne izjave 68., prema kojem bi se javnim naručiteljima i naručiteljima trebala omogućiti znatna fleksibilnost za određivanje i organizaciju postupka koji vodi do izbora koncesionara, te iz njezina članka 30., kojim se priznaje sloboda u organiziranju postupka koji prethodi izboru koncesionara. To se načelo može odnositi i na slobodu izbora vrste postupka dodjele koncesije, pod uvjetom da se poštuju načela transparentnosti i jednakog postupanja. Sud koji je uputio zahtjev odlučio je s obzirom na ta razmatranja prekinuti postupak i uputiti Sudu Europske unije gore navedeno prethodno pitanje.