

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,

predstavljeni 27. novembra 2007¹

I – Uvod

1. Consiglio di Stato (državni svet) Italijanske republike na podlagi člena 234 ES Sodišče sprašuje, ali člen 30(4) Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje² presega direktivo, katere del je, in ureja tudi oddajo naročil, ki ne spadajo na področje uporabe te direktive.

2. V sodbi z dne 27. septembra 2001 v zadevi Lombardini in Mantovani³ je Sodišče v točki 53, ko je razlagalo to določbo, menilo, da je „bistveno“, da vsak ponudnik, pri katerem obstaja sum, da je predložil neobičajno nizko ponudbo, ustrezno predstavi svoje stališče in predloži upoštevana pojasnila.

3. Namen tega predloga je opredeliti, ali ta določba pozitivnega prava vključuje splošno načelo Skupnosti, ki se uporablja za javna naročila, ne glede na to, ali so ta vključena v sektorske direktive ali ne.⁴

4. Italijansko visoko sodišče to vprašanje postavlja v čisto posebnem okviru, to je v okviru notranje zakonodaje, ki določa, da je treba tako vrsto ponudb v postopkih oddaje naročil, katerih znesek je nižji od zneska, ki je naveden v direktivah, samodejno izključiti, na kar se navezuje praksa, v tej kategoriji ponudb, ko nekateri ponudniki vplivajo

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – UL L 199, str. 54.

3 – Združeni zadevi C-285/99 in C-286/99, Recueil, str. I-9233.

4 – Poleg Direktive 93/37, ki zadeva javna naročila za gradnje, to področje urejajo še Direktiva Sveta 77/62/EGS z dne 21. decembra 1976 (UL 1977, L 13, str. 1), kot je bila pozneje spremenjena z Direktivo Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 (UL L 199, str. 1), za javna naročila blaga. Naročila storitev in usklajevanje postopkov za njihovo oddajo so bili določeni z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 (UL L 209, str. 1). Ta pravila (spremenjena z Direktivo 97/52/ES (UL L 328, str. 1)) so bila uzakonjena in združena v eno besedilo – Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114).

na rezultat razpisa z zvijačo,⁵ s tem da dosežejo dogovor glede predstavitve podobnih ponudb, da bi določili določen prag nenavadnosti in izločili druge kandidate.

5. Ta predhodna odločba je torej zelo pomembna, saj se nanaša na splošna načela prava Skupnosti, pri čemer ne smemo pozabiti, da lahko rešitev temelji le na pravnem sistemu Evropske unije. Da bo lahko Sodišče italijanskemu sodnemu organu dalo učinkovit odgovor za razrešitev spora, mora upoštevati obe smeri.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

6. Člena 43 ES in 49 ES predvidevata svobodo ustanavljanja oziroma svobodo

opravljanja storitev. Temeljni namen Direktive Sveta 71/305/EGS z dne 26. julija 1971⁶, s katero so bile usklajene zakonodaje držav članic na področju oddaje javnih naročil, je bil, kot je navedeno v njeni prvi uvodni izjavi, hkratno doseganje teh dveh svobod. Ta direktiva, ki je urejala samo naročila v vrednosti milijon ali več obračunskih enot (osma uvodna izjava), je določala merila za oddajo naročil, ki so temeljila bodisi na najnižji ceni bodisi na ekonomsko najugodnejši možnosti (člen 29(1)), in ob neobičajno nizkih ponudbah omogočala njihovo zavrnitev, potem ko je preveč drzni ponudnik dobil možnost izraziti svoje mnenje (člen 29(5)).

7. Kar zadeva razlago tega pravila, je Sodišče razsodilo, da je mogoče odločitev o zavrnitvi sprejeti šele po tem, ko je bilo podjetniku omogočeno, da pojasni svojo ponudbo, to je po uporabi kontradiktornega postopka preverjanja, kar pomeni, da so samodejne izključitve izključene.⁷

5 – Take zvijače so obstajale od nekdaj – tako denimo Homer v *Odisseji* pripoveduje o številnih primerih že pregovorne *Odissejeve prebrisanosti*, na primer v devetem spevu, ko junak, ki se znajde v *Polifemovem* ujetništvu, svojega ječarja opije in mu natvezi, da se imenuje *Nihče*, nato pa izkoristi *Kiklopovo* dremavico, ki jo je povzročilo vino, in mu v edino oko zadre gorečo oljko; ko drugi *Kiklopi* zaslišijo *Polifemove* klice na pomoč in ga vprašajo, kaj se dogaja in kdo ga napada, jim ta odgovori: „*Nihče* me ubija, ne z močjo, ampak z zvijačo!“ ter jih tako odvrne od tega, da bi mu prišli na pomoč (verz 408).

6 – Direktiva o uskladitvi postopkov oddaje javnih naročil za gradnje (UL L 185, str. 5).

7 – V skladu s sodbijo z dne 22. junija 1989 v zadevi *Fratelli Costanzo* (103/88, Recueil, str. 1839, točke 16, 18 in 19), s katero je bilo prepovedano izključevanje po uradni dolžnosti, ki bi bilo opredeljeno na podlagi samodejnih meril (točka 1 besedila); ta sodna praksa je bila potrjena v sodbi z dne 18. junija 1991 v zadevi *Donà Alfonso* (C-295/89, Recueil, str. I-2967). Že prej je bila v tem smislu izrečena sodba v zadevi *Transporoute* z dne 10. februarja 1982 (76/81, Recueil, str. 417, točka 18).

8. Direktiva 71/305 je bila večkrat zapored spremenjena,⁸ zato jo je bilo treba kodificirati, kar je bilo storjeno z Direktivo 93/37, katere namen je bil prav tako zaščita svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev (druga uvodna izjava). Omenjena Direktiva 93/37, ki se je uporabljala za pogodbe v vrednosti nad 5 milijonov ekujev (člen 6(1)) in ki je ostala skladna s predhodno določenim merilom oddaje (člen 30(1)), je vsebino nekdanjega člena 29(5), z manjšimi spremembami, povzela v členu 30(4):

Če je v dokumentih v zvezi z naročilom predvidena oddaja po najnižji ponujeni ceni, mora naročnik obvestiti Komisijo o zavrnitvi ponudb, za katere meni, da so preizke.

[...]“

„Če se za dano naročilo zdijo ponudbe neobičajno nizke glede na gradnje, naročnik pisno zahteva, preden zavrne takšne ponudbe, podrobnosti o sestavnih elementih ponudbe, ki so po njegovem mnenju pomembni, in jih preveri ob upoštevanju prejetih pojasnil.

9. Z Direktivo 2004/18, ki so jo morale države članice v svoje zakonodaje prenesti pred 31. januarjem 2006 (člen 80(1)), je bila 31. marca 2004 razveljavljena Direktiva 97/37 (člena 82 in 83). Kar zadeva oddajo javnih naročil za gradnjo, katerih vrednost znaša najmanj 5.278.000 EUR (člen 7(c)),⁹ lahko naročniki neobičajno nizke ponudbe zavrnejo po uporabi kontradiktornega postopka preverjanja (člen 55(1) in (2)).

Naročnik lahko upošteva pojasnila, ki so utemeljena z objektivnimi razlogi, vključno z ekonomičnostjo konstrukcijske metode, ali zaradi izbrane tehnične rešitve, ali zaradi izjemno ugodnih pogojev, ki so na voljo gradbeniku za izvedbo gradnje, ali pa zaradi izvirnosti storitve, ki jo predlaga ponudnik.

B – Italijanska zakonodaja

10. Člen 30(4) Direktive 97/37 je bil v italijansko nacionalno pravo prenesen s

⁸ – Ena od sprememb je zadevala člen 29(5), ki je bil spremenjen z Direktivo 89/440/EGS z dne 18. julija 1989 (UL L 210, str. 1).

⁹ – V skladu z besedilom Uredbe Komisije (ES) št. 2083/2005 z dne 19. decembra 2005 (UL L 333, str. 28).

členom 21(1a) zakona št. 109/1994 z dne 11. februarja 1994, okvirnega zakona za področje javnih gradenj,¹⁰ ki je bil izvirni različici tega zakona dodan s členom 7 zakona št. 216/1995 z dne 2. junija 1995.¹¹ V skladu s to določbo velja:

„Ob naročilu gradenj v vrednosti 5 milijonov ekujev ali več, ob uporabi merila najnižje cene v smislu odstavka 1, zadevni upravni organ presodi nenavadnost – v smislu člena 30 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 – vsake ponudbe, pri kateri je popust enak ali višji od aritmetične sredine odstotnih vrednosti popusta vseh dopustnih ponudb (to je brez 10 %, zaokroženo navzgor, ponudb z višjim oziroma nižjim popustom), povečane za aritmetično sredino odstotkov popusta, ki presegajo zgoraj navedeno sredino.

Javna uprava zato v roku šestdesetih dni od dneva predložitve ponudb upošteva samo pojasnila, zasnovana na gospodarnosti postopka vzpostavitve ali na prilagojenih tehničnih rešitvah oziroma na posebej ugodnih pogojih, ki jih uživa ponudnik, pri čemer so v vsakem primeru izključena

kakršna koli pojasnila, ki se nanašajo na vse elemente, katerih najnižje vrednosti so določene z zakoni in drugimi predpisi ali katerih vrednosti je mogoče izpeljati iz uradnih podatkov.

Ponudbam morajo biti že ob predložitvi priložena dokazila, ki se nanašajo na najpomembnejše cenovne postavke, navedene v obvestilu o razpisu ali pisnem povabilu k sodelovanju, na podlagi katerih je mogoče priti do zneska v vrednosti najmanj 75 % osnovne tržne vrednosti.

Kar zadeva samo javna naročila za gradnje v znesku, nižjem od praga Skupnosti, zadevni upravni organ uporabi samodejno izključitev iz postopka za ponudbe, katerih odstotni delež popusta je enak ali višji od deleža, določenega v prvem pododstavku tega odstavka. Postopek samodejne izključitve se ne uporablja, ko je število veljavnih ponudb manjše od pet.“¹²

10 – *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (v nadaljevanju: GURI) št. 41 z dne 19. februarja 1994, str. 5.

11 – GURI št. 127 z dne 2. junija 1995, str. 3. To integralno besedilo je z nekaterimi spremembami nastalo na podlagi zakonodajne odredbe št. 101/1995 z dne 3. aprila 1995 o nujnih pravilih na področju javnih naročil (GURI št. 78 z dne 3. aprila 1995, str. 8).

12 – Kot je bila spremenjena s členom 7 zakona št. 415/1998 z dne 18. novembra 1998 (GURI št. 284 z dne 4. decembra 1998, redna priloga, str. 5).

11. Direktiva 2004/18 je bila v nacionalni pravni red prenesena z zakonodajno odredbo št. 163 z dne 12. aprila 2006.¹³ Kar zadeva določbe, ki se nanašajo na neobičajno nizke ponudbe (členi od 86 do 88), je bil črtan zadnji pododstavek člena 21(1a) zakona št. 109/94.

zneski niso presegali zadevnega praga. Obvestili o razpisu sta potrjevali merilo največjega popusta in predvidevali preverjanje ponudb z nepravilnostmi, pri čemer naj v skladu s sporazumom z dne 28. januarja 2003 ne bi samodejno izključili neobičajno nizkih ponudb. Njuni ponudbi sta bili na prvem mestu med „običajnimi“, vendar je mestni organ pred sprejetjem odločitve ugotovil, da so bile resne tudi ponudbe, za katere se je zdelo, da so neobičajne, in zato naročili oddal drugima ponudnikoma.

III – Spora o glavni stvari

12. S sporazumom z dne 28. januarja 2003 se je mestna občina Torino odločila, da člen 21(1a) zakona št. 109/94 ne bo imel več učinka *pro futuro*, s čimer se je želela izogniti samodejnim izključitvam neobičajno nizkih ponudb, tako da naj bi se v okviru oddaje mestnih naročil, vključno s tistimi, ki ne dosejajo praga Skupnosti, te ponudbe preverile v skladu s kontradiktornim postopkom iz Direktive 93/37.

14. Zadevni družbi sta zato vložili tožbo pri Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, v kateri sta trdili, da člen 21(1a) zakona št. 109/94 samodejno izključuje neobičajno nizke ponudbe in tako naročnikom preprečuje, da bi se pred zavrnitvijo s takimi ponudniki posvetovali in preučili njihove ponudbe. Sodni organ je menil, da ta utemeljitev ni dopustna, in je sodbi zavrnil, saj je po njegovem mnenju ta določba dovoljevala samodejno izključitev neobičajno nizkih ponudb, vendar tega ni nalagala kot obvezo, zato pogodbenemu upravnemu organu ni nič preprečevalo tem ponudnikom dati možnost obrazložitve in preučiti njihove ponudbe.

13. Italijanski družbi SECAP SpA (zadeva C-147/06) in Santorso Soc. Coop. arl (zadeva C-148/06) sta sodelovali na dveh javnih razpisih, ki ju je objavila občina in ki sta zadevala izvedbo določenih gradenj,¹⁴ pri katerih

15. Consiglio di Stato, pri katerem sta tožeci stranki vložili pritožbo, je njuno trditev podprlo in razveljavilo razlago regijskega sodišča, vendar kljub temu ni bilo brezbrizno

¹³ – GURI št. 100 z dne 2. maja 2006.

¹⁴ – Preureditev nekdanje palače v mladinski hotel (4.699.999 EUR) oziroma okoljska prekvalifikacija ulice Corso Francia med trgoma Piazza Statuto in Piazza Bernini (5.172.579 EUR).

do zahtev, ki jih postavlja pravo Skupnosti, na katere se je sklicevala mestna občina Torino, zato je Sodišču na podlagi člena 234 ES postavilo ti vprašanji:

po njegovem mnenju pomembni, in jih preveri ob upoštevanju prejetih pojasnil – pomeni implicitno posledico načela konkurence ali ‚izvedeno načelo‘ iz tega načela, upoštevanega v povezavi z načeli preglednosti uprave in prepreči diskriminacije na podlagi državljanstva, in ali zato ta določba velja neposredno in prednostno pred morebitnimi neskladnimi nacionalnimi predpisi, ki jih je sprejela država za ureditev oddaje javnih naročil storitev, za katere pravo Skupnosti ne velja neposredno?“

- „1. Ali pravilo iz člena 30(4) Direktive 93/37/EGS oziroma podobno pravilo iz odstavkov 1 in 2 člena 55 Direktive 2004/18/ES (če se upošteva ta člen) – v skladu s katerim velja, da če se zdijo ponudbe neobičajno nizke glede na gradnje, naročnik pisno zahteva, preden zavrne take ponudbe, podrobnosti o sestavnih delih ponudbe, ki so po njegovem mnenju pomembni, in jih preveri ob upoštevanju prejetih pojasnil – izraža temeljno načelo prava Skupnosti?

IV – Postopek pred Sodiščem

16. Predsednik Sodišča je s sklepom z dne 10. maja 2006 obe zadevi zaradi njune objektivne povezanosti združil.

2. Če je odgovor na prejšnje vprašanje nikalen: ali pravilo iz člena 30(4) Direktive 93/37/EGS oziroma podobno pravilo iz odstavkov 1 in 2 člena 55 Direktive 2004/18/ES (če se upošteva ta člen) – v skladu s katerim velja, da če se zdijo ponudbe neobičajno nizke glede na gradnje, naročnik pisno zahteva, preden zavrne take ponudbe, podrobnosti o sestavnih delih ponudbe, ki so

17. Tožeči podjetji v postopkih v glavni stvari, mestna občina Torino, nemška, avstrijska, francoska, italijanska, litovska, nizozemska in slovaška vlada ter Komisija so predložili pisna stališča, ki se med seboj razlikujejo, vendar jih je vseeno mogoče združiti

v dve kategoriji: prva skupina vključuje Litvo, Slovaško¹⁵ in Komisijo, ki so naklonjene trditvi, ki jo zagovarja mestna občina Torino, druga pa vse druge udeležence v tej zadevi, ki so se izrekli v prid nikalnemu odgovoru na vprašanji za predhodno odločanje. Predstavniki družbe Santorso Soc. Coop. arl, občine Torino, nemške, italijanske in litovske vlade ter Komisije so se 25. oktobra 2007 udeležili obravnave, na kateri so svoja stališča predstavili še ustno.

19. Zato je treba preučiti značaj tega pravila ter na podlagi tega določiti, ali spada v okvir primarnega prava Skupnosti in zato presega Direktivo 93/37.

V – Analiza vprašanj za predhodno odločanje

18. Vprašanji, ki ju je postavilo Consiglio di Stato, je mogoče združiti v eno samo vprašanje, in sicer ali člen 30(4) Direktive 93/37, ki določa, da je treba pred morebitno odločitvijo o izključitvi neobičajno nizkih ponudb opraviti postopek kontradiktorne razprave, ureja tudi naročila, ki ne spadajo na področje uporabe te direktive; z drugimi besedami, ali ta določba državam članicam preprečuje, da za taka naročila samodejno izključijo take ponudbe?

15 – Mnenje slovaške vlade se nekoliko razlikuje od stališč Litve in mestne občine Torino, saj zagovarja zavrnitev prvega vprašanja za predhodno odločanje, odklanja pa ločevanje pravila iz člena 30(4) Direktive 93/37 od načel, ki jih postavlja Pogodba, s čimer se pridružuje odločitvi mestne občine.

A – Izhodišče

20. Analiza je zasnovana na trdnih temeljih, ki so čvrsto zasidrani v sodni praksi in sem jih že preučil¹⁶ – postopki oddaje javnih naročil, ki jih iz različnih razlogov (količinskih ali konceptualnih) direktive na tem področju ne pokrivajo, se ne morejo izogniti vladavini prava Evropske unije, zato so njeno temeljna načela, zlasti osnovne kategorije svobode gibanja, postavljena kot nepremostljive ovire.

21. Ta ideja, ki je izražena v drugi uvodni izjavi Direktive 2004/18,¹⁷ ima v letopisih

16 – Sklepni predlogi, predstavljeni 8. novembra 2006 v še nerazsojeni zadevi Komisija proti Italiji (C-412/04, točke od 44 do 47).

17 – „Za oddajo naročil, sklenjenih v državah članicah v imenu države, regionalnih ali lokalnih in drugih oseb javnega prava, veljajo načela iz Pogodbe in zlasti načelo prostega pretoka blaga, načelo svobode ustanavljanja in načelo svobode opravljanja storitev ter načela, ki iz teh izhajajo, kot so načelo enakopravnosti, načelo nediskriminacije, načelo vzajemnega priznavanja, načelo sorazmernosti in načelo transparentnosti. [...]“

Sodišča precej dolgo zgodovino.¹⁸ V sodbi z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress¹⁹ je Sodišče razsodilo, da morajo pogodbene stranke pri oddaji naročil, ki ne spadajo na področje uporabe sektor-skih direktiv, spoštovati pravila iz Pogodbe (točka 60);²⁰ ta sodna praksa je bila potrjena v sodbi z dne 18. junija 2002 v zadevi HI (točka 47)²¹ in pred kratkim ponovno uporabljena, tokrat povsem naravno, ne da bi se Sodišče pri tem sklicevalo na predhodne zadeve, v sodbi z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname.²²

jeno, da samo dejstvo, da posebni in strogi postopki, ki jih določajo te direktive, niso primerni, ko gre za javna naročila majhne vrednosti, še ne pomeni, da so ta naročila izključena s področja uporabe prava Skupnosti, saj morajo, če so lahko zanimiva za gospodarske subjekte s sedežem v drugih državah članicah,²⁴ prav tako spoštovati Pogodbo (točke od 19 do 21).²⁵ Prav tako je bila v tem smislu izrečena sodba z dne 20. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Franciji²⁶ (točka 33).

22. Dalje je bilo v sklepu z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard²³ poudar-

18 – Kakor tudi v letopisih Komisije; glej „Razlagalno sporočilo Komisije o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih“ (UL 2006, C 179, str. 2; zlasti strani 5 in 6).

19 – Zadeva C-324/98, Recueil, str. I-10745.

20 – V tej zadevi Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84), ki jo je nadomestila Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 (UL L 134, str. 1).

21 – Zadeva C-92/00, Recueil, str. I-5553. Pri tej sodbi je šlo dejansko bolj za postopek, ki ni bil pokrit s pravilom, kakor za naročilo, izključeno iz določene direktive: Pogodba je nalagala, da mora obstajati pravno sredstvo zoper odločitev o razveljavitvi razpisa, ki pa z Direktivo Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL L 395, str. 33), kot je bila spremenjena z Direktivo 92/50, ni bilo določeno.

22 – Zadeva C-231/03, ZOdl., str. I-7287. Točka 16 te sodbe razkriva, da oddaje te vrste koncesije (povezane z opravljanjem javne storitve distribucije plina, ki se odda družbi z večino javnim kapitalom) ne ureja nobena od direktiv, ki urejajo področje javnih naročil. Ker taki predpisi ne obstajajo, je treba posledice prava Skupnosti, povezane z oddajo takih koncesij preučiti z vidika primarne zakonodaje in, natančneje, temeljnih svoboščin, ki jih določa Pogodba. V istem smislu sta bili izrečeni sodbi z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 46) in z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 18).

23 – Zadeva C-59/00, Recueil, str. I-9505.

23. Določitev gospodarskega praga, nad katerim so naročila podvržena direktivam, temelji na domnevi, da naj naročila majhnih vrednosti ne bi privlačila gospodarskih subjektov s sedežem zunaj državnih meja, zato naj ne bi spadala v doseg prava Skupnosti. Vendar ta domneva, *iuris tantum*, dopušča nasprotni dokaz, zato, kot navaja Komisija v svojih pisnih stališčih, ne smemo izključiti možnosti, da je lahko naročilo majhne vrednosti zanimivo za tuje podjetnike, če je na primer kraj izvajanja blizu njihove države ali ker jim prinaša določene prednosti v okviru njihove tržne strategije.

24 – Točka 20, *a contrario sensu*, sodbe v zadevi Coname.

25 – S to odločbo je bila za neskladno s členom 28 ES razglašena klavzula iz specifikacije za javno naročilo v minimalnem znesku, s katero je bila brez kakršnega koli drugega pojasnila postavljena zahteva po uporabi proizvodov določene znamke.

26 – Zadeva C-264/03, ZOdl., str. I-8831.

24. Ta količinska omejitev je torej očitno samo dogovor in zato sploh ne more izključiti možnosti, da lahko naročilo v nižjem znesku prav tako zbudi pozornost v drugih državah članicah, zato se tu pojavi potreba po uporabi prava Skupnosti in njegovih ciljev. Postopki oddaje teh naročil, ki imajo kljub majhnemu interesu evropski doseg, morajo zato spoštovati načela iz Pogodbe, ne glede na to, da so naročila, ki zadevajo višje zneske od zneskov, navedenih v direktivah, podvržena strožjim usklajevalnim določbam.²⁷

25. Ena od teh določb, člen 30(4) Direktive 93/37, ki se uporablja *ratione temporis* v sporih o glavni stvari in se njegoa vsebina ponovi v členu 55(1) in (2) Direktive 2004/18, prepoveduje samodejno izključitev neobičajno nizkih ponudb. Consiglio di Stato pa želi izvedeti, ali ta prepoved spada med temeljna načela prava Skupnosti oziroma ali jo je mogoče šteti vsaj za posledico načela pristojnosti v kombinaciji z načeloma preglednosti uprave in nediskriminacije glede na državljanstvo, ki jih je treba prav tako upoštevati med postopkom oddaje naročil, ki niso pokrita s temi direktivami.

B – *Manj kot temeljno načelo...*

26. Pojma „temeljno načelo“ in „temeljno pravilo“, kot sta uporabljena v sodni praksi, ki sem jo navedel, se nanašata na natančno določeno vsebino. Ne nanašata se niti na prikriti aksiološke elemente iz Pogodbe niti na kateri koli ukrep, ki je bil sprejet za doseganje ciljev, postavljenih v tem aktu, ampak se v besedilu primarnega prava umeščata natančno med obe skrajnosti, na mesto, na katerem so si „sestavljavci ustave“ Skupnosti zadali cilje, ki jih želijo doseči s temeljnimi sredstvi za njihovo doseganje. Hitro branje členov 2 ES in 3 ES nam razkrije, da se nanašata na prosto gibanje oseb, blaga, storitev in kapitala, ki se zagotovi z ustreznimi kategorijami svobode gibanja (členi 23 ES, 43 ES in 49 ES), katerim se pridružuje, kar zadeva prečno vrednost, neločljivo povezano s projektom integracije več držav, popolna odprava kakršne koli diskriminacije glede na državljanstvo (člen 12 ES).

27. To trditev, ki spominja na trditev iz druge uvedne izjave Direktive 2004/18, je mogoče razbrati tudi iz navedenih odločitev. Načelo nediskriminacije glede na državljanstvo je izpostavljeno v točki 60 sodbe Telaustria in Telefonadress; poleg tega se točki 42 in 47 sodbe HI dotakneta svobode ustanavljanja

27 – Glej drugi del druge uvedne izjave Direktive 2004/18.

in svobode opravljanja storitev; odločitev v sklepu Vestergaard temelji na drugi kategoriji svobode gibanja, to je prostem pretoku blaga (točka 21); nazadnje se sodba Coname spet sklicuje na člena 43 ES in 49 ES, na podlagi katerih zavrača posredno diskriminacijo glede na državljanstvo.

in zaščita interesov gospodarskih subjektov določene države članice, ki želi prodajati svoje proizvode ali storitve naročnikom iz drugih držav članic.²⁹

28. Treba je torej ugotoviti, da se „temeljna načela“ Pogodbe, ki lahko oslabijo moč držav članic v postopkih oddaje naročil, ki ne spadajo na področje usklajevanja s sektorskimi direktivami, ujemajo z načeli, ki so navedena v preambulah prav tistih direktiv, ki jih je izpostavilo Sodišče.

29. Sicer pa to niti najmanj ne preseneča, saj – kot je poudarjeno v drugi uvodni izjavi Direktive 2004/18 – njene določbe izhajajo prav iz teh načel in si zadevne direktive prizadevajo za doseganje neposrednega omejenega cilja, to je uskladitve postopkov, da bi s tem spodbudili razvoj učinkovite konkurence na področju javnih naročil,²⁸ in sicer v imenu uresničitve glavnih svoboščin, povezanih z evropsko integracijo. Njihov namen je zlasti odprava ovir za prost pretok

30. Po drugi strani se zdi, da delovanje poteka na dveh ravneh: gre za odpravo tveganja, da bi imeli prednost nacionalni ponudniki (*buy national*) in da bi pristojni naročnik podlegel drugim, negospodarskim pomislekom³⁰ (zato je glavno merilo za oddajo naročil vedno merilo najnižje cene oziroma ekonomsko najugodnejše ponudbe).

31. V tem okviru je treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje vsekakor odgovoriti nikalno, saj ni samodejna izključitev neobičajno nizkih ponudb med postopkom oddaje določenega javnega naročila za gradnje v nasprotju z nobenim temeljnim načelom Pogodbe, temeljne svoboščine oziroma prepoved zgoraj navedenih vrst diskriminacije namreč ne predpostavljajo, da je treba

28 – Sodba v zadevi Fratelli Costanzo, točka 18.

29 – Sodbe z dne 10. novembra 1998 v zadevi BFI Holding (C-360/96, Recueil, str. I-6821, točka 41); z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge (C-380/98, Recueil, str. I-8035, točka 16) in z dne 1. februarja 2001 v zadevi Komisija proti Franciji (C-237/99, Recueil, str. I-939, točka 41).

30 – Sodbe z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, Recueil, str. I-73, točka 33); BFI Holding (točka 42); University of Cambridge (točka 17) in Komisija proti Franciji (C-237/99, točka 42).

ponudniku, ki predloži tako ponudbo, absolutno in vedno dati možnost, da pove svoje mnenje, ter šele nato odločati o usodi njegove ponudbe.

32. To še zlasti velja, ker se je treba ravnati v skladu z načelom učinkovitosti, ki se uporablja tudi v okviru prava Skupnosti za področje javnih naročil. Nazadnje je taka učinkovitost, ki je včasih nezdružljiva z ritmom izbirnega postopka, obremenjenega s številnimi jamstvi, potrebna tudi zaradi zagotavljanja javnih interesov.³¹

C – ... a več kot preprosto pravilo pozitivnega prava

1. Implicitna načela

33. Vendar pa člen 30(4) Direktive 93/37 ni diskrecijska določba zakonodajalca, ki bi jo bilo mogoče po potrebi spreminjati, brez kakršne koli zunanje povezave in ki prav tako lahko ne bi nikoli obstajala.

31 – Točka 30 mojih sklepnih predlogov z dne 5. junija 2001 v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Lombardini in Mantovani.

34. Da se postopek obravnave, ki ga določa to pravilo, šteje za „temeljnega“, sem trdil že v sodbi Lombardini in Mantovani.³² Za tem pridevnikom se skriva prepričanje, da je treba obvezno opraviti postopek kontradiktornega preverjanja neobičajno nizkih ponudb, da se tako omogoči resnična konkurenca na področju javnih naročil in zagotovi svoboda gibanja, kar je mogoče samo, kot poudarjam že v sklepnih predlogih obeh zadev, z zagotovitvijo enakopravnega sodelovanja ponudnikov brez kakršne koli diskriminacije (točka 24).

35. Za uresničevanje prepovedi kakršne koli diskriminacije, zlasti če se ta izvaja glede na državljanstvo, je nujna zagotovitev preglednosti, ki vsem potencialnim ponudnikom zagotavlja ustrezno stopnjo oglaševanja, s čimer se omogoči odpiranje trga konkurenci in nadzor nad nepristranskostjo postopkov naročil, kot to izhaja iz sodbe z dne 18. novembra 1999 v zadevi Unitron Scandinavia in 3-S (točki 61 in 62).³³

32 – V sodbi je poudarjeno, da iz same določbe izhaja, da mora naročnik opredeliti sumljive ponudbe, zadevnim podjetjem omogočiti, da dokažejo svojo resnost, presoditi o upoštevnosti pojasnil, ki jih predložijo zainteresirane stranke, in sprejeti odločitve o dopustitvi oziroma zavrnitvi teh ponudb (točka 55).

33 – Zadeva C-275/98, Recueil, str. I-8291. V istem smislu glej sodbi Telaustria in Telefonadress (točki 61 in 62) ter Parking Brixen (točka 49).

36. V tem okviru se torej zdi upravičeno vprašati se, kot je to storilo Consiglio di Stato, ali je zadevni člen 30(4) Direktive 93/37, če torej v njem ni izraženo temeljno načelo evropskega prava, ena od njegovih nujnih posledic, ki jim morajo biti podvržena javna naročila z interesom Skupnosti, ne glede na to, ali jih pokrivajo direktive.

37. Z drugimi besedami, ali bi bilo treba, če bi samodejna izključitev ponudb kršila te posledice, zadevno pravilo uporabiti za naročila, ki ne spadajo na področje uporabe Direktive 93/37?

2. Ponudniki in pojem neobičajno nizke ponudbe

38. Pojem neobičajno nizke ponudbe ni abstrakten, ampak je opredeljen v odnosu do naročila, ki se oddaja, in glede na zadevno storitev.³⁴ Ima torej značilnosti nedoločene koncepta, ki je *a priori* nenatančen, vendar hkrati predvidljiv glede na posebnosti naročila.

39. Ta značilnost je še toliko bolj poudarjena v italijanskem sistemu, ki ta pojem natančno opredeljuje glede na vsebino naročila in ceno različnih ponudb, pri čemer je prag nenavadnosti določen z matematičnim mehanizmom.

40. Konkurenti, ki so iz oglaševanja izvedeli za storitev in njeno vrsto, izdelajo svoje načrte „skriva“, tako da je vsak od njih seznanjen samo z lastnim načrtom. Ker sistem nagrajuje najcenejšo oziroma ekonomsko najugodnejšo ponudbo, so ponudbe na splošno zelo skopo odmerjene, da se dobi najnižja cena, ki utegne celo načeti dobiček podjetja.

41. Zato ob odpiranju ovojnic vsi tvegajo, da bodo njihove ponudbe opredeljene kot „neobičajne“.

42. Vendar se to ravnoesje poruši, ko ima kateri od konkurentov na voljo elemente presoje, ki bodo vplivali na določitev praga nenavadnosti, saj se s tem poruši nujno potrebna enakost.

34 – Točka 32 sklepnih predlogov Lombardini in Mantovani.

3. Dogovori pri predložitvi ponudb

43. Ko je Consiglio di Stato presodil dejstva, na katera se sklicuje mestna občina Torino, je ugotovil položaj, ki ga Sodišče ne bi smelo prezreti, v katerem samodejna izključitev nerazumnih popustov, ki je neizogibna v skladu s členom 21(1a) zakona št. 109/1994, spodbuja dogovore, katerih namen je vplivati na rezultate izbirnega postopka.

44. Pravo Skupnosti glede tega ne stoji ob strani.

45. Očitno mehanizem izključevanja ponudb, ki se na podlagi prvega odstavka te določbe izkažejo za neobičajno nizke, sam po sebi ni diskriminatoren, saj je objektivno opredeljen. V sklepnih predlogih v zadevi Lombardini in Mantovani navajam, da je italijanska zakonodaja vzpostavila aritmetični in samodejni mehanizem določitve praga nenavadnosti, ki se povsem sklada s ciljem Direktive 93/37, saj spodbuja, da se za vsak posamezen razpis določi prag, pod katerim je mogoče ponudbo šteti za neobičajno. Vsi kandidati so enakopravni, ne da bi kateri

koli od njih užival kakršno koli prednost pri pripravi ponudbe (točki 33 in 35). Zato naj ne bi bil zaradi neposredne zavrnitve neobičajnih ponudnikov, ne da bi jim dopustili možnost obrazložitve, nihče diskriminiran.

46. Vendar pa to ni tako, če se skupina podjetnikov, ki običajno delujejo na območnem trgu razpisa, z namenom zlorabe dogovorov, da bodo izdelali homogene ponudbe z minimalnimi razlikami, zato bi se ponudbe konkurentov, ki ne bi bili vključeni v te dogovore, zdele neobičajno nizke, pri čemer ti ne bi imeli možnosti niti za svojo obrambo niti za dokazovanje kakovosti svoje ponudbe.

47. V takih primerih sta okrnjeni preglednost in zdrava konkurenca, ki sta načeli prava Skupnosti v sektorju javnih naročil, saj morajo neuspešni kandidati s sedežem v drugih državah članicah imeti možnost pojasniti svoje stališče, če se želimo izogniti diskriminaciji, ki je po Pogodbi prepovedana. Mestna občina Torino je med obravnavo v tem postopku za predhodno odločanje navedla, da je zaradi neuporabe nacionalne določbe znatno upadlo število ponudb, predloženih z namenom izkrivljanja svobodne konkurence.

48. Skratka, kar zadeva oddajo naročil, pomembnih za Skupnost, mora v skladu z

zgoraj navedenimi načeli upravni organ, ki je naročnik, v okviru kontradiktorne razprave prisluhniti navedbam podjetnikov, katerih ponudbe so bile opredeljene kot neobičajno nizke. Zato so ta načela v nasprotju z nacionalno zakonodajo, ki za naročila, katerih znesek je nižji od praga, ki ga določajo sektorske direktive, predpisuje samodejno izključitev teh ponudb, ne da bi bila izvedena obravna.

4. Pravica do dobrega upravljanja

49. Temu objektivnemu in abstraktnemu vidiku, ki presega individualne interese podjetnikov, ki so vpleteni v izbirni postopek, se pridružuje še drug, subjektivni vidik, s katerega so zelo pomembne pravice posameznikov in zlasti prepoved, da bi jim odvzeli pravico do obrambe v upravnem postopku.

50. Prepoved odvzema pravice do obrambe, izrecno priznavajo pravni sistemi vseh držav članic in je sestavni del pravice do dobrega upravljanja, o kateri govori Listina

o temeljnih pravicah Evropske unije³⁵ v členu 41 Poglavja V, ki je posvečeno državljanstvu. Odstavek 2 tega člena priznava pravico vsake osebe, da pred sprejetjem kakršnega koli posamičnega ukrepa v njeno škodo pove svoje mnenje.

51. Z Listino, katere pomen je Sodišče poudarilo pred kratkim, zlasti v sodbah z dne 27. junija 2006 v zadevi Parlament proti Svetu³⁶ in z dne 8. maja 2007 v zadevi *Advocaten voor de Wereld*,³⁷ se zahteva, da ponudnik, preden je izločen, predstavi svoje stališče, da bi naročnika prepričal o ustreznosti svoje ponudbe.

52. Strinjam se s Komisijo, da ta pravica sama po sebi ne vsebuje zahteve, da mora domnevno predrzni podjetnik, glede na to, da je zaščiten že z nepristransko preučitvijo ponudb v skladu s predhodno določenimi, objektivnimi in nediskriminatorskimi merili, vselej dobiti možnost, da predstavi svoje stališče. Vendar pa je konkurent, ki tvega, da ne bo izbran zaradi dogovora med drugimi, v slabšem položaju, njegov položaj pa se bo še poslabšal, če ne bo dobil možnosti, da svojo ponudbo pojasni.

³⁵ – UL 2000, C 364, str. 1.

³⁶ – Zadeva C-540/03, ZOdl., str. I-5769.

³⁷ – Zadeva C-303/05, ZOdl., str. I-3633. Glede značaja Listine glej moje sklepne predloge v tej zadevi od točke 76 do točke 79.

53. Tako je pravica do predstavitve svojega stališča upravnemu organu v nasprotju s samodejno izključitvijo neobičajno nizkih ponudb, saj je, kot sem že navedel, pojem „neobičajen“ nedoločen pravni koncept, ki ga je treba dopolniti v vsakem posameznem primeru glede na značilnosti kandidatov.

nikom nalagajo, naj pri javnih naročilih, za katera ne veljajo sektorske direktive za usklajevanje postopkov naročil, samodejno zavrnejo neobičajno nizke ponudbe, in, nasprotno, priporoča, da se tem organom da možnost, da od primera do primera presodijo, ali kaže začetni obravnavo, med katero bi se s kontraktornim postopkom preverila struktura teh ponudb.³⁹

54. Zato se z vidika pravice do dobrega upravljanja odsvetuje, da se pred izrekanjem o upoštevnosti ponudb odpravi kontradiktorni postopek njihovega preverjanja, tudi če gre za naročila, ki ne spadajo na področje uporabe sektorskih direktiv, saj bi se v tem primeru zmanjšala jamstva, ki jih določata t. i. „revizijski“ direktivi.³⁸

5. Prosta presoja držav članic

56. Vendar države članice njihova avtonomija odvezuje obveznosti, da ravnajo po členu 30(4) Direktive 93/37; namesto tega lahko same opredelijo način, kako bodo zaščitile pravice, ki jih državljanom zagotavlja pravo Skupnosti, pri čemer so omejene samo z načeloma enakovrednosti in učinkovitosti: to pomeni, da postopki ne smejo biti manj ugodni od postopkov, predvidenih za zaščito pravic, ki temeljijo na notranji ureditvi, in jih je treba organizirati tako, da ne postane doseganje zastavljenega cilja v praksi težko izvedljivo ali celo nemogoče.⁴⁰

55. Iz navedenega sledi, da pravo Skupnosti nasprotuje nacionalnim predpisom, ki naroči-

38 – Zgoraj navedena Direktiva 89/665 in Direktiva Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (UL L 76, str. 14).

39 – S sodbo z dne 7. oktobra 2004 v zadevi Sintesi (C-247/02, ZOdl., str. I-9215) je bila razveljavljena nacionalna določba, ki je naročnikom nalagala uporabo samo enega merila za dodeljevanje javnih naročil, s čimer jih je prikrajšala za možnost, da bi upoštevali vrsto in posebnosti takih naročil ter izbrali najustreznejše merilo za zagotovitev svobodne konkurence in najboljše ponudbo (točka 40).

40 – V skladu z ustaljeno sodno prakso, katere temeljni kamen je sodba z dne 16. decembra 1976 v zadevi Rewe (33/76, Recueil, str. 1989).

VI – Predlog

57. Ob upoštevanju teh ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanje Consiglio di Stato de la República Italiana odgovori:

Načela svobodne konkurence, upravne preglednosti in nediskriminacije glede na državljanstvo, ki urejajo pravo Skupnosti na področju oddaje javnih naročil, kakor tudi pravica do dobrega upravljanja, nasprotujejo nacionalnemu predpisu, ki naročniku nalaga, da mora, kar zadeva postopek oddaje javnih naročil, izključenih iz sektor-skih direktiv, samodejno in brez kakršne koli možnosti kontradiktornega preverjanja zavrniti neobičajno nizke ponudbe.