

## SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

JULIANE KOKOTT,

predstavljeni 13. marca 2008<sup>1</sup>

### I – Uvod

Austria Presse Agentur; ki so bila v letih 2000, 2001 in 2005 predmet sprememb.

1. V obravnavanem primeru avstrijsko sodišče Bundesvergabeamt postavlja zelo širok katalog vprašanj glede razlage različnih določb prava Skupnosti na področju prava javnih naročil. Pri tem gre v glavnem za razlago pojma „oddaja“ v smislu prava javnih naročil. Ugotoviti je zlasti treba, pod katerimi pogoji se sprememba veljavne pogodbe šteje za novo oddajo javnega naročila storitve, posledica česar je, da je v določenih primerih treba vnaprej izvesti postopek oddaje javnega naročila in da lahko neudeležena podjetja uveljavljajo sodno varstvo.

### II – Pravni okvir

#### A – Pravo Skupnosti

2. Ozadje tega predloga za sprejetje predhodne odločbe je srdit spor o izvajanju storitev tiskovnih agencij za avstrijske zvezne organe, v katerem se presstext Nachrichtenagentur kot razmeroma nov ponudnik na avstrijskem trgu s pravnimi sredstvi upira tradicionalnim pogodbenim razmerjem med Republiko Avstrijo in že dolgo navzočo

3. Pravni okvir tega primera na ravni prava Skupnosti določata dve direktivi s področja prava javnih naročil, in sicer:

- Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov

1 – Jezik izvornika: nemščina.

za oddajo javnih naročil storitev<sup>2</sup> (v nadaljevanju: Direktiva 92/50) in

„[v smislu te direktive] ,postopki s pogajanjem‘ pomeni tiste nacionalne postopke, pri katerih se naročniki posvetujejo z izvajalci storitev glede svoje izbire in se dogovorijo za pogodbene pogoje z enim ali z več izvajalci.“

- Direktiva 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<sup>3</sup>, in sicer v različici, kot je bila spremenjena z Direktivo 92/50 (v nadaljevanju: Direktiva 89/665).<sup>4</sup>

5. Člen 3 Direktive 92/50, ki je prav tako umeščen pod naslov I, določa:

„1. Pri oddaji javnih naročil storitev ali pri organiziranju natečajev za načrte mora naročnik uporabljati postopke, ki so usklajeni z določbami te direktive.

## 1. Posamezne določbe Direktive 92/50

4. Med splošnimi določbami iz naslova I Direktive 92/50 vsebuje člen 1(f) to pojmovno opredelitev:

2. Naročniki zagotovijo, da ni diskriminacije med različnimi ponudniki storitev.

2 – UL L 209, str. 1. Ta direktiva je bila razveljavljena in nadomeščena z 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). Zadnjo spremembo bi bilo treba v nacionalno pravo prenesti šele 31. januarja 2006. Ker ni bila predčasno prenesena v avstrijsko pravo, ne vpliva na dejansko stanje izhodiščnega postopka, ki se nanaša na leta 2000, 2001 in 2005.

3 – UL L 395, str. 33.

4 – Naslednje spremembe te direktive najdemo v Direktivi 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov (UL L 335, str. 31; v nadaljevanju: Direktiva 2007/66). Zadnje spremembe so sicer začele veljati šele 9. januarja 2008 in jih bo treba v nacionalno pravo prenesti do 20. decembra 2009; zato za dejansko stanje izhodiščnega spora niso pomembne.

[...]“

6. V naslovu II Direktive 92/50 pod naslovom „Dvovrstna uporaba“ najdemo člene od 8 do 10, ki določajo:

„Člen 8

„Naročniki lahko oddajo javna naročila storitev po postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu v teh primerih:

Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I A, se oddajajo v skladu z določbami iz naslovov od III do VI.

[...]

Člen 9

Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I B, se oddajajo v skladu s členoma 14 in 16.

(b) če iz tehničnih ali umetniških razlogov oziroma iz razlogov, povezanih z zaščito izključnih pravic, lahko storitve zagotovi le določen izvajalec storitev;

Člen 10

[...]“

Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogah I A in I B, se oddajajo v skladu z določili iz naslovov od III do VI, če je vrednost storitev, naštetih v Prilogi I A večja od vrednosti storitev, naštetih v Prilogi I B. Če vrednost ni takšna, se naročila oddajo v skladu s členoma 14 in 16.“

8. Člen 31(3) Direktive 92/50, ki je umeščen pod naslov VI, določa:

7. Naslov III Direktive 92/50 nosi podnaslov „Izbira postopkov oddaje in določbe o natečajih“. Tam najdemo člen 11(3), ki vsebuje to določbo:

„Če iz utemeljenega razloga ponudnik storitve ne more predložiti referenc, ki jih zahtevajo naročniki, lahko dokaže, kakšno je njegovo gospodarsko in finančno stanje, z drugimi dokumenti, ki jih naročnik priznava kot ustrezne.“

## 2. Posamezne določbe Direktive 89/665

za gradnje, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve. Države članice lahko zlasti zahtevajo, da mora oseba, ki zahteva revizijo, naročnika predhodno obvestiti o domnevni kršitvi in svoji nameri, da bo zahtevala revizijo.“

## 9. Člen 1 Direktive 89/665 določa:

„1. Države članice sprejmejo potrebne ukrepe za zagotovitev, da se glede na postopke oddaje javnih naročil, ki sodijo na področje uporabe direktiv 71/305/EGS, 77/62/EGS in 92/50/EGS, lahko odločitve, ki jih sprejmejo naročniki, učinkovito pregledajo, predvsem pa čim hitreje v skladu s pogoji, določenimi v naslednjih členih [...] na podlagi tega, da se je s takimi odločitvami kršila zakonodaja Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalni predpisi, s katerimi se to pravo izvaja.

## 10. V členu 2 Direktive 89/665 je določeno:

„1. Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določeni v členu 1, vključujejo določbo, ki omogoča, da,

2. Države članice zagotovijo, da ni diskriminacije med fizičnimi oziroma pravnimi osebami, ki trdijo, da so bile pri izvedbi postopka oddaje javnih naročil oškodovane, zato ker ta direktiva razlikuje med nacionalnimi predpisi, s katerimi se izvaja zakonodaja Skupnosti, in drugimi nacionalnimi predpisi.

[...]

(b) se razveljavi ali zagotovi, da se razveljavijo nezakonito sprejete odločitve [...];

3. Države članice zagotovijo, da so na voljo revizijski postopki v skladu s podrobnimi predpisi, ki jih države članice lahko sprejmejo, vsaj za vsako osebo, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo v zvezi s preskrbo ali javno naročilo

(c) se povrne škoda osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

2. Pooblastila, navedena v odstavku 1, se lahko prenesejo na ločene organe, ki so pristojni za različne vidike revizijskega postopka.

„1. Podjetje, ki je imelo interes za sklenitev pogodbe, ki sodi v okvir uporabe tega zveznega zakona, lahko, če mu je zaradi zatrjevana protipravnosti nastala škoda, zahteva, da se ugotovi, da je bila

[...]

5. Države članice lahko predvidijo, da mora organ s potrebnimi pooblastili, kadar se odškodnina zahteva na podlagi nezakonito sprejete odločitve, najprej razveljaviti izpodbijano odločitev.

1. izbira neposredne podelitve ali postopka oddaje brez predhodne objave obvestila o naročilu zaradi kršitve tega zveznega zakona ali iz njega izhajajočih predpisov, ali zaradi kršitve neposredno uporabnega prava Skupnosti, protipravna, ali

[...]“

[...]

## B – Nacionalno pravo

11. V okviru avstrijskega prava je treba izpostaviti člen 331 zveznega zakona o javnih naročilih (Bundesvergabegesetz), v različici<sup>5</sup>, ki je začela veljati 1. februarja 2006 (v nadaljevanju: BVergG 2006), ki je pravna podlaga za ugotovitveni postopek pred Bundesvergabeamt in določa:

4. neposredna dodelitev ugodnosti podjetju, brez udeležbe drugih podjetij v postopku, zaradi določb tega zveznega zakona očitno nedopustna.“

12. Na podlagi člena 332(2) in (3) BVergG 2006 v členu 331 BVergG 2006 določena ugotovitvena pravica zastara najkasneje v roku šestih mesecev od dodelitve ugodnosti.

5 – BGBl. I, št. 17/2006.

13. Iz člena 132(3) BVergG 2006 izhaja, da uspešen zahtevek v skladu s členom 331(1) (4) navedenega zakona povzroči v trenutku pravnomočne ugotovitve ničnost pogodbenega razmerja.

*A – Tiskovine agencije, ki so udeležene v postopku*

14. Od ugotovitvenega postopka je treba razlikovati odškodninsko tožbo, za katero pa ni pristojno Bundesvergabeamt, temveč avstrijska civilna sodišča. Na podlagi člena 341(2) BVergG 2006 je odškodninska tožba dopustna samo v primeru vnaprejšnje uspešne izvedbe ugotovitvenega postopka.

16. Austria Presse Agentur (v nadaljevanju: APA) je bila ustanovljena<sup>6</sup> po drugi svetovni vojni v Avstriji kot zadruga<sup>7</sup>, pri čemer so njeni člani skoraj vsi avstrijski dnevnikarji in tudi avstrijska radiotelevizija ORF. Skupaj s koncernskimi družbami je APA vodilna družba na trgu tiskovnih agencij v Avstriji in Republiki Avstriji tradicionalno zagotavlja različne storitve tiskovnih agencij.

### **III – Dejansko stanje in izhodiščni postopek**

15. Ozadje tega primera je dejansko stanje, ki ga ob upoštevanju navedb v predložitvenem sklepu lahko predstavimo, kot sledi v nadaljevanju.

17. Preetext Nachrichtenagentur GmbH (v nadaljevanju: PN) je na avstrijskem trgu tiskovnih agencij dejavna od leta 1999, vendar je do zdaj zelo malo izvajala tiskovne objave za zvezne službe. Poleg tega ima PN manj sodelavcev novinarjev in ne razpolaga s tako velikim arhivom kot APA. V letu 2004 je PN Republiki Avstriji ponudila storitve tiskovnih agencij, vendar do sklenitve pogodbe ni prišlo.

6 – Predhodnica APA, organizacija „Österreichische Correspondenz“, je bila ustanovljena na Dunaju že leta 1849.

7 – Iz dokumentacije izhaja, da gre za registrirano zadrugo z omejeno odgovornostjo.

*B – Sporna pogodbeno razmerja med APA in Republiko Avstrijo*

18. Leta 1994, torej pred njenim vstopom v Evropsko unijo, je Republika Avstrija z APA sklenila tako imenovano osnovno pogodbo, ki je predvidevala izvajanje določenih storitev za plačilo.<sup>8</sup> Ta osnovna pogodba je avstrijskim zveznim službam v bistvu omogočala vpogled v aktualne informacije in njihovo uporabo („osnovne storitve“), dostop do zgodovinskih informacij in zgodovinskih tiskovnih objav iz banke podatkov, imenovane „APADok“, in uporabo izvirne tekstovne storitve „OTS“ družbe APA, tako za lastno informacijo kot tudi za razširjanje lastnih tiskovnih objav. Banka podatkov APADok vsebuje podatke osnovne storitve od 1. januarja 1988, od 1. junija 1989 pa še o objavah OTS.

19. Osnovna pogodba je bila sklenjena za nedoločen čas z dogovorjeno prepovedjo odpovedi, na podlagi česar bi lahko pogodba prenehala veljati najhitreje 31. decembra 1999. Osnovna pogodba je vsebovala tudi določbe o trenutku prvega zvišanja cen, najvišjem znesku vsakega povišanja in indeksacije cen na podlagi indeksa gibanja cen potrošnikov 1986, pri čemer je primerjalno vrednost predstavljal indeks za leto 1994.

<sup>8</sup> – Po navedbah v postopku udeležene predsedstva pisarne zveznega predsednika vlade je šlo za prilagoditev pogodbenega razmerja iz leta 1946.

20. Septembra 2000 je APA ustanovila hčerinsko družbo v svoji 100-odstotni lasti APA-OTS Originaltext-Service GmbH (v nadaljevanju: APA-OTS). Med obema družbama je sklenjena pogodba o izključitvi dobička in izgube, iz česar po navedbah APA in APA-OTS izhaja, da je APA-OTS finančno, organizacijsko in gospodarsko vključena v družbo APA in da mora pri poslovnih in vodstvenih odločitvah ravnati po navodilih APA. APA-OTS je nadalje zavezana, da mora na APA prenesti svoje letne preseške, medtem ko mora APA izravnati morebitne letne primanjkljaje družbe APA-OTS.

21. APA je na APA-OTS prenesla dejavnost izvirne tekstovne storitve OTS. Ta sprememba je bila Republiko Avstriji sporočena oktobra 2000, pri čemer je pooblaščenec sodelavec APA na vprašanje pisarne zveznega predsednika vlade zagotovil, da po razčlenitvi APA za obveznosti odgovarja „solidarno“ z APA-OTS in da pri izvajanju „skupne storitve“ ne bo prišlo do nobenih sprememb. Pisarna zveznega predsednika vlade je nato po lastnih navedbah dala svoje soglasje k prihodnjemu izvajanju storitev OTS s strani APA-OTS, plačila za te storitve pa so se neposredno nakazovala APA-OTS.

22. Leta 2001 so se s prvim dodatkom k pogodbi spremenile določbe o plačilu v osnovni pogodbi iz leta 1994. Poleg pretvorbe plačila iz avstrijskih šilingov v eure je ta dodatek za snemanje oddaj zveznih služb v OTS za leta 2002, 2003 in 2004 določal

najvišje zneske<sup>9</sup>, ki se niso mogli zvišati. Poleg tega je bila klavzula zavarovanja vrednosti prilagajena novemu indeksu, ki je nadomestil indeks, uporabljen v osnovni pogodbi.

23. V oktobru 2005 je z drugim dodatkom, ki je začel učinkovati s 1. januarjem 2006, prišlo do dveh naslednjih sprememb osnovne pogodbe v različici prvega dodatka: popust pri plačilih za online povpraševanje iz informacijskih služb APA se je zvišal s 15 na 25 odstotkov, stranki pa sta se dogovorili za novo prepoved odpovedi do 31. decembra 2008.

*C – Postopek pred Bundesvergabeamt (ugotovitveni postopek)*

24. PN uveljavlja pred Bundesvergabeamt pravno varstvo zaradi po njenem mnenju protipravnega ravnanja pri oddaji javnih naročil z vključitvijo APA-OTS kot ponudnika storitve za Republiko Avstrijo in omenjenih dodatkov k osnovni pogodbi, sklenjeni med APA in Republiko Avstrijo.

25. S svojimi zahtevki, ki jih je pri Bundesvergabeamt vložila 4. in 19. julija 2006, PN na podlagi člena 331 BVergG 2006 zahteva ugotovitev, da delitev pogodbe s prestrukturiranjem APA v letu 2000 ter dodatka k osnovni pogodbi iz let 2001 in 2005, ki jih sama označuje kot „oddaje de-facto“, pomenijo protipravno ravnanje; podredno zahteva ugotovitev, da je bila izbira obravnavanega postopka oddaje javnega naročila protipravna.<sup>10</sup>

26. V zvezi z roki za uveljavljanje zahtevkov Bundesvergabeamt navaja, da je do očitnega ravnanja sicer prišlo v letih 2000, 2001 in 2005, vendar je bilo pravno sredstvo za uveljavljanje ugotovitvenega zahtevka z učinkom razveljavitve pogodbe zoper protipravne oddaje naročil v notranjem pravu vzpostavljeno šele kasneje, z učinkom od 1. februarja 2006. Rok za vložitev tega pravnega sredstva je šest mesecev od dneva protipravne dodelitve pomoči. Vendar Bundesvergabeamt meni, da je primerna uporaba člena 1496 Allgemeiner Bürgerlicher Gesetzbuch (ABGB), po katerem zastaralni roki ne tečejo, če pravno varstvo ne deluje, pod pogojem, da bi bila ta uporaba združljiva s pravom Skupnosti.

<sup>9</sup> – Ti najvišji zneski plačil se uporabijo, ko se objave prenašajo online.

<sup>10</sup> – Skladno s predložitvenim sklepom se glavni zahtevek PN opira na člen 331(1)(4), stranski zahtevek pa na člen 331(1)(1) BVergG 2006.

#### IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

27. S sklepom z dne 7. novembra 2006, izdanim 10. novembra 2006, ki je bil pri sodišču vloženo 13. novembra 2006, je Bundesvergabeamt prekinilo postopek in Sodišču v postopek predhodnega odločanja predložilo naslednja vprašanja:

1. Ali je treba pojem „oddaja“ v členu 3(1) Direktive 92/50 in pojem „oddajajo“ v členih 8 in 9 Direktive 92/50 razlagati tako, da obsegata tudi dejanska stanja, pri katerih se javni naročnik v prihodnje prevzemati storitve od drugega izvajalca, ki je kapitalska družba, če je te storitve pred tem opravljal drug izvajalec, ki je po eni strani edini družbenik prihodnjega izvajalca in je po drugi strani prihodnjemu izvajalcu istočasno pristojen dajati navodila? Ali je v takem primeru relevantno, če javni naročnik nima zagotovila, da deleži družbe prihodnjega izvajalca med celotnim obdobjem prvotne pogodbe ne bodo v celoti ali deloma odsvojeni tretjim, in tudi nima zagotovil, da se članstvo v prvotnem, kot združba organiziranem izvajalcu, ne bo spremenilo?
2. Ali je treba pojem „oddaja“ v členu 3(1) Direktive 92/50 in pojem „oddajajo“ v členih 8 in 9 Direktive 92/50 razlagati tako, da obsegata tudi dejanska stanja, pri katerih se javni naročnik z izvajalci v obdobju veljavnosti pogodbe, ki jo je z njimi za nedoločen čas sklenil za namen skupnega izvajanja storitev, sporazume o spremembah plačila za nekatere pogodbene storitve in na novo oblikuje klavzulo zavarovanja vrednosti, če imajo te spremembe za posledico spremembo plačil in se izvršijo s prehodom na euro?
3. Ali je treba pojem „oddaja“ v členu 3(1) Direktive 92/50 in pojem „oddajajo“ v členih 8 in 9 Direktive 92/50 razlagati tako, da obsegata tudi dejanska stanja, pri katerih se javni naročnik z izvajalci v obdobju veljavnosti pogodbe, ki jo je z njimi za nedoločen čas sklenil za namen skupnega izvajanja storitev, ob spremembi pogodbe po eni strani ponovno sporazume o tri leta veljavni prepovedi odpovedi, ki v trenutku novega sporazuma ne velja več, pri čemer je po drugi strani ob tej spremembi pogodbe za nekatera plačila, ki so odvisna od količine, za določeno področje storitev dodatno določen višji popust kot doslej?
4. V primeru, da je odgovor na vprašanje o obstoju oddaje v smislu enega od treh vprašanj pritrdilen:  
  
Ali je treba člen 11(3)(b) Direktive 92/50 oziroma druge določbe prava Skupnosti, kot je zlasti načelo transparentnosti razlagati tako, da javnemu naročniku dovoljujejo oddajati storitve z eno samo pogodbo za storitve v postopku s

pogajanji, brez predhodne objave obvestila o naročilu, če deli storitev vsebujejo izključne pravice, kot so navedene v členu 11(3)(b) Direktive 92/50? Oziroma, ali načelo transparentnosti oziroma druge določbe prava Skupnosti pri oddaji pretežno neprednostnih storitev zapovedujejo, da se v takem primeru pred oddajo naročila objava naročila vendarle izvede, zato, da bi se zainteresiranim podjetniškim krogom omogočilo presoditi, ali se dejansko oddajo storitve, ki so podvržene izključni pravici? Oziroma, ali predpisi prava Skupnosti o oddaji javnih naročil zapovedujejo, da je mogoče v takem primeru storitve, ki se razlikujejo glede na obstoj ali neobstoj izključne pravice, oddajati le v ločenih postopkih, da bi se pri oddaji vsaj delno zagotovila konkurenca?

5. V primeru, da je odgovor na četrto vprašanje tak, da lahko javni naročnik storitve, ki ne obsegajo izključnih pravic, skupaj s storitvami, ki obsegajo izključne pravice, odda v enem samem postopku oddaje:

Ali lahko podjetje ob pomanjkanju njegovega pooblastila za razpolaganje s podatki, ki so podvrženi izključni pravici podjetja s prevladujočim položajem na trgu, svojo usposobljenost za izvajanje celotne storitve javnemu naročniku, ki se nanaša na pravo javnih naročil, utemelji s tem, da napoti na člen 82 ES in na dolžnost podjetja, imetnika pooblastila za razpolaganje s podatki, s prevladujočim položajem na trgu v državi

pogodbenici ES, ki jo je treba izpeljati iz te določbe, da je treba podatke posredovati pod ustreznimi pogoji?

6. V primeru, da je odgovor na prvo, drugo in tretje vprašanje tak, da je z delnim prevzemom pogodbe leta 2000 in/ali z eno ali obema prikazanima spremembama pogodbe prišlo do novih oddaj naročil; in nadalje za primer, da bo odgovor na četrto vprašanje tak, da bi moral javni naročnik pri oddaji storitev, ki ne obsegajo izključnih pravic v ločenem postopku oddaje ali pa pri oddaji pogodbe za celotno storitev (tu tiskovne objave, osnovne storitve in pravice uporabe APADok) zaradi transparentnosti in nadzora načrtovane oddaje naročila pred tem objaviti obvestilo o njem:

Ali je treba pojma „oškodovanje“ v členu 1(3) Direktive 89/665 oziroma besedni red „bila oškodovana“ v členu 2(1)(c) Direktive 89/665 razlagati tako, da je podjetje v primeru kot je obravnavani, utrpelo škodo v smislu teh določb Direktive 89/665 oziroma bilo oškodovano, če mu je bila odvzeta možnost udeležbe v postopku zato, ker javni naročnik pred oddajo ni objavil obvestila o naročilu, na podlagi katerega bi se podjetje lahko prijavilo za načrtovano naročilo ali oddalo ponudbo, ali pristojnemu organu za nadzor javnih naročil predalo ugotovitve o domnevnem obstoju izključnih pravic?

7. Ali je treba načelo prava Skupnosti o ekvivalentnosti, zapoved prava Skupnosti o učinkovitem sodnem varstvu oziroma načelu učinkovitosti, ob upoštevanju drugih predpisov prava Skupnosti, razlagati tako, da je podjetju priznana subjektivna in brezpogojna pravica, da lahko svoja pravna sredstva za uveljavljanje odškodnine o dodelitvi pomoči zaradi kršitve predpisov prava Skupnosti o javnih naročilih pred pristojnimi nacionalnimi organi zoper državo članico uveljavlja najmanj šest mesecev od možnosti seznanitve z oddajo naročila, ki v nasprotju s pravnimi pravili za oddajo, pri čemer mora imeti dodatno na voljo čas, v katerem ustrezno uveljavljanje zaradi pomanjkanja nacionalnih zakonskih podlag ni bilo mogoče, če so za odškodninske zahtevke, ki temeljijo na kršitvah nacionalnega prava, v nacionalnem pravnem redu praviloma predvideni zastaralni roki treh let od dneva, ko je oškodovanec izvedel za povzročitelja škode in škodo ter zaradi pomanjkanja pravnega varstva na določenem pravnem področju tudi zastaralni roki ne tečejo (dalje)?

28. V postopku pred Sodiščem so PN, APA in APA-OTS, Republika Avstrija in Komisija Evropskih skupnosti predložili pisna in ustna stališča. Pisno sta se postopka poleg tega udeležila predsedstvo avstrijske pisarne zveznega predsednika vlade kot javni naročnik in litovska vlada; francoska vlada je predložila ustno stališče.

## V – Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe

29. Pred vsebinsko obravnavo predhodnih vprašanj bom podala nekaj kratkih pripomb glede dopustnosti predloga za sprejetje predhodne odločbe.

### A – Upravičenost Bundesvergabeamt za vložitev predloga

30. Avstrijsko Bundesvergabeamt je z zakonom ustanovljen stalni organ, katerega pristojnost je v primerih s področja prava oddaje javnih naročil obligatorna, kjer je Zveza javni naročnik.<sup>11</sup> V spornem postopku odloča na podlagi pravnih pravil avstrijskega zveznega prava. Pri tem je hkrati prva in zadnja instanca.<sup>12</sup> Njegovi člani pri izvajanju dodeljenih nalog niso vezani na nobena navodila in so imenovani za dobo najmanj petih let, delno pa tudi za nedoločen čas.<sup>13</sup>

11 – Člen 291 BVergG 2006.

12 – Člen 291(2), drugi stavek, BVergG 2006.

13 – Člena 292 in 295 BVergG 2006.

31. Tako je Bundesvergabebamt sodišče v smislu člena 234 ES<sup>14</sup> in tako upravičeno do vlaganja predlogov za sprejetje predhodne odločbe na Sodišču. Sodišče je na podlagi navedenega že večkrat<sup>15</sup> odgovorilo<sup>16</sup> na predloge za sprejetje predhodne odločbe, ki jih je vložilo Bundesvergabebamt.

33. Iz predložitvenega sklepa zlasti izhaja, da naj bi se s predlogom za sprejetje predhodne odločbe pojasnilo, ali je v nacionalnem postopku treba izvesti obsežno dokazovanje določenih dejstev ali pa je spor o glavni stvari zrel za odločitev tudi brez tega dokaznega postopka.

### *B – O dopustnosti predloga za sprejetje predhodne odločbe na splošno*

32. S strani APA in APA-OTS izpostavljena kritika zapletene in težko razumljive formulacije predloga za sprejetje predhodne odločbe ne spreminja dejstva, da so predhodna vprašanja kot celota v mejah razumljivosti. Iz navedb, ki jih je Bundesvergabebamt podalo v predložitvenem sklepu, je možno zaključiti, v katere dejanske in pravne okvire so vpeta vprašanja in zakaj jih Bundesvergabebamt v obravnavanem primeru šteje za pomembna pri odločanju.

34. K temu je treba dodati, da je stvar nacionalnega sodišča odločati o tem, v kateri fazi postopka bo Sodišču predložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe.<sup>17</sup> Odločilno je, da predložitveno sodišče zadosti predstavi dejanski in pravni okvir, ki je podlaga njegovi zahtevi za pravilno prava Skupnosti, in Sodišču tudi sicer da vse informacije, ki jih to potrebuje za koristen odgovor na zaprosilo.<sup>18</sup> V nasprotju z mnenjem APA in APA-OTS je v tem primeru tako. Tako na splošno niso podani ugovori o dopustnosti predloga za sprejetje predhodne odločbe.

14 – V zvezi z ustaljeno sodno prakso o pojmu sodišča glej sodbe Sodišča z dne 17. septembra 1997 v zadevi Dorsch Consult (C-54/96, Recueil, str. I-4961, točka 23), z dne 31. maja 2005 v zadevi Syfait in drugi (C-53/03, ZOdl., str. I-4609, točka 29) in z dne 18. oktobra 2007 v zadevi Österreichischer Rundfunk (C-195/06, ZOdl., str. I-8817, točka 19).

15 – Glej sodbe Sodišča z dne 14. novembra 2002 v zadevi Felix Swoboda (C-411/00, Recueil, str. I-10567, zlasti točke od 25 do 28), z dne 18. marca 2004 v zadevi Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, Recueil, str. I-2549) in z dne 2. junija 2005 v zadevi Koppensteiner (C-15/04, ZOdl., str. I-4855). Današnja organizacijska oblika Bundesvergabebamt na podlagi BVergG 2006 na podlagi predložitvenega sklepa ustreza v bistvu tisti, ki je veljala v primeru Koppensteiner.

16 – Podobno je Sodišče kot upravičeno sodišče za vložitev predloga priznalo zvezni revizijski odbor (Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes), kakršen je bil takrat v Nemčiji (Sodba Dorsch Consult, navedena v opombi 14, točka 38).

17 – Sodbe Sodišča z dne 10. julija 1984 v zadevi Campus Oil in drugi (72/83, Recueil, str. 2727, točka 10), z dne 12. junija 2003 v zadevi Schmidberger (C-112/00, Recueil, str. I-5659, točka 39) in z dne 17. aprila 2007 v zadevi AGM-COS.MET (C-470/03, ZOdl., str. I-2749, točka 45).

18 – Sodba Schmidberger (navedena v opombi 17, točki 40 in 41).

C – Posebej o dopustnosti šestega vprašanja

je nedopustno, ker se ta predpis neposredno nanaša na priznanje odškodnin.

35. Posebno vprašanje o dopustnosti se postavlja v zvezi s šestim predhodnim vprašanjem, katerega predmet je razlaga pojmov oškodovanje oziroma biti oškodovan v členu 1(3) in členu 2(1)(c) Direktive 89/665.

D – Vmesni rezultat

38. Obravnavani predlog za sprejetje predhodne odločbe je tako kot celota dopustnen, z izjemo tistega dela šestega vprašanja, ki se nanaša na člen 2(1)(c) Direktive 89/665.

36. Bundesvergabeamt je v sporu o glavni stvari, v postopku, ki se vodi na podlagi člena 331 BVergG 2006, pristojno samo za ugotovitev morebitne kršitve prava javnih naročil, ne pa tudi za priznanje odškodnine, ta namreč sodi v pristojnost avstrijskih civilnih sodišč.<sup>19</sup> Zaradi tega Sodišču ne sme predložiti predhodnih vprašanj, ki se nanašajo na priznavanje odškodnin ali predpostavk zanje.<sup>20</sup>

**VI – Vsebinska presoja predhodnih vprašanj**

37. Ob upoštevanju navedenega je šesto predhodno vprašanje dopustno samo toliko, kolikor se nanaša na predpostavke dopustnosti zahtevka za revizijo na podlagi člena 1(3) Direktive 89/665. Če se šesto vprašanje nanaša na člen 2(1)(c) Direktive 89/665, pa

39. Vsebinsko je namen zelo obsežnega predloga za sprejetje predhodne odločbe pojasniti, pod katerimi pogoji je treba spremembo obstoječe pogodbe šteti za oddajo javnega naročila storitve, posledica česar je, da mora biti v določenih primerih predhodno izveden postopek oddaje javnega naročila in da neudeležena podjetja lahko uveljavljajo sodno varstvo.

19 – Avstrija je uporabila v členu 2(2) Direktive 89/665 navedeno možnost prenosa pooblastil v revizijskem postopku na več instanc.

20 – Sodba Sodišča z dne 19. junija 2003 v zadevi GAT (C-315/01, Recueil, str. I-6351, točka 38).

40. Zelo zanimivo naslednje vprašanje, ali pravo javnih naročil oziroma druge

določbe prava Skupnosti postavljajo določene omejitve za sklenitev časovno neomejenih trajnih dolžniških razmerij, ni predmet obravnavanega postopka. Ker je bila časovno neomejena osnovna pogodba iz leta 1994 sklenjena<sup>21</sup> še pred pristopom Avstrije k Evropski uniji, tega problema ni treba podrobneje obravnavati niti kot vprašanje za predhodno odločanje.<sup>22</sup>

42. Ta problem v sodni praksi sodišč Skupnosti doslej še ni bil obsežno obravnavan.<sup>23</sup>

*A – O prvem, drugem in tretjem vprašanju*

41. S prvimi tremi vprašanji želi Bundesvergabeamt vedeti, pod katerimi pogoji je treba spremembe veljavnih pogodbenih razmerij med javnim naročnikom in izvajalcem storitev šteti za novo oddajo javnega naročila storitve v smislu Direktive 92/50.

1. Opomba: merilo bistvene spremembe pogodbe

43. Zlasti pri trajnih dolžniških razmerjih in pri pogodbah, sklenjenih za daljše časovno obdobje, je v času njihovega izvajanja velikokrat treba prilagoditi pogodbeno vsebino, če se izkaže, da pogodbeno določila – na primer zaradi nepredvidljive spremembe zunanjih okoliščin – niso več ustrezna. Prilagoditev pogodbene vsebine spremenjenim okoliščinam lahko prispeva k boljšemu uresničevanju pogodbenega cilja.

21 – Glej k temu sodbo Sodišča z dne 24. septembra 1998 v zadevi Tögel (C-76/97, Recueil, str. I-5357, točki 53 in 54). Drugače od spornih ravnanj v letih 2000, 2001 in 2005, ki so se zgodila v obdobju veljavnosti prava Skupnosti, se direktive s področja prava javnih naročil za osnovno pogodbo še niso uporabljale, ker Avstrija leta 1994 še ni bila članica Evropske unije.

22 – O posebnem problemu vezave pogodbe za nedoločen čas s prepovedjo odpovedi glej spodaj, zlasti točko 74 teh sklepnih predlogov.

44. Če je bil predmet prvotne pogodbe javno naročilo, se z njenimi kasnejšimi vsebinskimi spremembami vselej postavlja vprašanje, ali je treba (po potrebi vnovič) izvesti postopek oddaje javnega naročila. Pri tem bo vselej nastopila kolizija med prizadevanjem po tem, da se na eni strani čim bolj učinkovito nada-

23 – Na podlagi predloga za sprejetje predhodne odločbe nemškega Oberlandesgericht Rostock Sodišče ni sprejelo odločitve (zadeva C-50/03, izbrisana 9. novembra 2004).

ljuje izvrševanje pogodbe, in na drugi strani zapovedjo priznavanja enakih možnosti za vse aktualne in morebitne izvajalce storitev.

oddaji javnega naročila vodili kakšni drugi cilji kot izključno gospodarski.<sup>26</sup>

45. Načeloma ni mogoče *a priori* izključiti, da kasnejše vsebinske spremembe obstoječih pogodb (po potrebi vnovič) izpolnjujejo dejansko stanje oddaje javnega naročila, kar ima za posledico, da je treba izvesti postopek oddaje javnega naročila. Kajti pravne pojme, ki določajo področje uporabe direktiv s področja javnih naročil, je skladno z ustaljeno sodno prakso treba razlagati široko.<sup>24</sup>

47. Tako tudi Direktiva 92/50 kot glavni cilj zasleduje uresničitev svobode opravljanja storitev in odprtost trgov za neizkrivljeno in po možnosti obsežno konkurenco.<sup>27</sup> Zato je pri oddaji javnih naročil storitev treba ravnati pregledno in nediskriminatorno, tako da se priznavajo enake možnosti vsem morebitnim izvajalcem storitev.

46. Razlaga pojma oddaje pa mora vendarle upoštevati cilje konkretne direktive. Koordinacija postopkov oddaje javnih naročil naj bi odpravljala ovire za svobodo opravljanja storitev in prost pretok blaga in naj bi služila varstvu interesov gospodarskih udeležencev iz drugih držav članic.<sup>25</sup> Izključiti je treba, da bi javni naročniki dajali prednost domačim ponudnikom ali kandidatom in da bi jih pri

48. Ob upoštevanju tega cilja ni treba vnaprej izvesti postopka oddaje naročila pri vseh še tako nepomembnih spremembah pogodb o javnih naročilih storitev. Novo izvedbo postopka oddaje javnega naročila upravičujejo samo *bistvene spremembe pogodbe*, ki lahko dejansko izkrivljajo konkurenco na trgu in ki dajejo prednost pogodbeni stranki javnega naročnika v primerjavi z drugimi možnimi izvajalci storitev.<sup>28</sup>

24 – V zvezi s široko razlago različnih pojmov, ki določajo področje uporabe direktiv s področja oddaje javnih naročil glej sodbe Sodišča z dne 27. februarja 2003 v zadevi *Adolf Truley* (C-373/00, Recueil, str. I-1931, točka 43), z dne 8. septembra 2005 v zadevi *Espace Trianon in Sofibail* (C-129/04, ZOdl., str. I-7805, točka 73) in z dne 29. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-119/06, še neobjavljena v ZOdl., točka 43).

25 – Sodbe Sodišča 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), z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski (C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točka 27) in z dne 13. decembra 2007 v zadevi *Bayerischer Rundfunk* in drugi (C-337/06, ZOdl., str. I-11173, točka 38); glej tudi drugo in šesto uvodno izjavo Direktive 92/50.

26 – Sodbe *University of Cambridge* (navedena v opombi 25, točka 17), *Felix Swoboda* (navedena v opombi 15, točka 45) in *Bayerischer Rundfunk* in drugi (navedena v opombi 25, točka 36).

27 – Sodbi Sodišča z dne 11. januarja 2005 v zadevi *Stadt Halle in RPL Lochau* (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točki 44 in 47) in *Bayerischer Rundfunk* in drugi (navedena v opombi 25, točka 39).

28 – V tem smislu tudi sodbi Sodišča z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji (C-337/98, Recueil, str. I-8377, točke 46, 50 in 51) in z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti *CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, Recueil, str. I-3801, točka 117) v zvezi z *bistvenimi* pogodbenimi sestavinami oziroma razpisnimi pogoji.

49. Za bistveno spremembo pogodbe gre vselej takrat, kadar ni izključeno, da se drugi izvajalci storitev zaradi prvotnih manj ugodnih pogojev niso prijavili na javni razpis, oziroma da bi bili zdaj zaradi novih pogodbenih pogojev, zainteresirani za prijavo na javni razpis, ali če bi bila prijava na razpis nekoč podrejenega ponudnika lahko zaradi novih pogodbenih pogojev uspešna.<sup>29</sup>

oddajo že obstoječega javnega naročila storitev v smislu Direktive 92/50, če javni naročnik soglaša s prenosom izvedbe dela te pogodbe na hčerinsko družbo izvajalca storitve, pri kateri ima pravico dajati navodila in je v njej imetnik 100-odstotnega deleža, čeprav njegova 100-odstotna kapitalna udeležba ni zagotovljena za celoten čas trajanja pogodbe.

50. Ti razmisleki predstavljajo osnovo za moje nadaljnje obravnavanje prvih treh predhodnih vprašanj.

## 2. O prvem vprašanju

52. Ozadje tega vprašanja je v letu 2000 s strani APA izveden prenos storitev OTS na svojo hčerinsko družbo APA-OTS. Ne glede na to, ali je zaradi tega prestrukturiranja znotraj skupine APA prišlo do „splittinga pogodbe“, prenosa pogodbe, novacije ali pristopa k dolgu<sup>30</sup>, je gotovo, da je sporne storitve od tedaj naprej s soglasjem pisarne zveznega predsednika vlade neposredno izvajala APA-OTS in da je tudi plačilo zanje neposredno prejemala APA-OTS.

a) Prvi del prvega vprašanja: vključitev APA-OTS

51. S prvim delom prvega vprašanja želi Bundesvergabamt vedeti, ali gre za novo

53. Tako je pri izvajanju pogodbe v praksi v letu 2000 v vsakem primeru prišlo do delne spremembe izvajalca storitev.

<sup>29</sup> – Priznam, da v praksi ne bo vselej lahko razlikovati med bistvenimi in ne bistvenimi spremembami pogodbe, ker je za to treba oceniti okoliščine vsakega posameznega primera. Uporabe nedoločnih pravnih pojmov, ki potrebujejo natančnejšo opredelitev, ni mogoče na nobenem pravnem področju povsem izključiti. Tudi na področju prava javnih naročil uporaba takšnih pojmov ni tuja.

<sup>30</sup> – Udeleženci izhodiščnega postopka si o tem niso enotni. Tudi predložitveni sklep ne uporablja enotne terminologije. Naloga Bundesvergabamt je, da to ravnanje opredeli s civilnopravnega stališča.

54. Sprememba izvajalca storitve med trajanjem javnega naročila *a priori* predpostavlja bistveno spremembo pogodbe, saj se izvedba javnega naročila v celoti ali delno zaupa podjetju, ki se mu ni bilo treba izpostaviti konkurenci z drugimi ponudniki in katerega izbira tudi ne temelji na primerjavi z morebitnimi drugimi ponudniki. Takšno ravnanje je nevarno, ker se lahko s tem obide pravo javnih naročil in ker lahko izkrivlja konkurenco na trgu ter daje prednost novemu izvajalcu storitev v primerjavi z drugimi možnimi izvajalci.

55. Iz posebnih okoliščin posameznega primera pa lahko izjemoma izhaja, da spremembe na strani izvajalca storitev ne pomenijo bistvene spremembe pogodbe. Za ponazoritev tega sta še posebej primerni ti dve skupini primerov.

56. Prva skupina zajema *vkjučitev podizvajalcev* s strani pogodbene stranke javnega naročnika. Da krog možnih izvajalcev storitev ne bi bil preveč zaprt, Direktiva 92/50 za javnega naročnika predvideva izrecno možnost, da dopusti oddajo posameznih podnaročil tretjim osebam.<sup>31</sup> Za to skupino

primerov je značilno, da glavni izvajalec tudi po oddaji podnaročila v celoti nosi popolno pogodbeno odgovornost za izvedbo naročila storitve ali je zanj soodgovoren.

57. Druga skupina primerov zajema *organizacijske spremembe izključno interne narave* na strani pogodbene stranke javnega naročnika. K temu lahko sodi tudi vključitev ene od njenih hčerinskih družb v izvedbo pogodbe. Kako tesna mora biti pri tem povezava izvajalca storitve z njegovo hčerinsko družbo, v obravnavanem primeru ni treba podrobneje pojasniti. V vsakem primeru so namreč zajete hčerinske družbe, ki jih izvajalec storitve obvladuje podobno kot lastne poslovne enote. Vključitev hčerinske družbe v izvedbo pogodbe je v tem primeru podobna poslu in-house<sup>32</sup> na strani izvajalca storitve, s čimer se pogoji za izvedbo javnega naročila, vsaj z gospodarskega stališča, bistveno ne spremenijo.

58. Za obe navedeni skupini primerov je gotovo, da sprememba na strani izvajalca storitve ne pomeni izkrivljanja konkurence in bistvene spremembe pogodbe.

31 – Glej člena 25 in 32(2)(c) in (h) Direktive 92/50 in Sodbo Sodišča z dne 2. decembra 1999 v zadevi Holst Italia (C-176/98, Recueil, str. I-8607, točki 26 in 27). Vendar se lahko oddaja pogodb podizvajalcem za izvedbo *bistvenih delov* pogodbe skladno z nacionalnim pravom omeji (sodba Siemens in ARGE Telekom, navedena v opombi 15, točka 45).

32 – V zvezi s predpostavkami za domnevo posla in-house glej zlasti sodbe Sodišča z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 50), Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 27, točka 49), z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 62) in z dne 19. aprila 2007 v zadevi Asemfo (C-295/05, ZOdl., str. I-2999, točka 55); v zvezi s pojmom posla in-house glej moje sklepne predloge, predstavljene 1. marca 2005 v zadevi Parking Brixen, točki 1 in 2.

59. Ravnanje, kot je tukaj sporen prenos storitev OTS na APA-OTS v letu 2000, je na prvi pogled podobno oddaji podnaročila s strani APA (prva skupina primerov). Za navedeno govori dejstvo, da sporne storitve zdaj izvaja druga pravna oseba kot APA, vendar je pri tem APA solidarno odgovorna za izvedbo celotnega postopka oddaje javnega naročila storitev, kar vključuje tudi naloge, ki jih je prevzela APA-OTS.

60. Pri podrobnejšem opazovanju pa ugotovimo, da je ustanova, kot je APA-OTS, veliko bolj podobna lastni poslovni enoti družbe APA kakor samostojnemu podizvajalcu družbe APA. Vključitev APA-OTS v izvedbo javnega naročila v letu 2000 pomeni zgolj interno reorganizacijo izvajalca storitve APA (druga skupina primerov).

61. Del storitev, ki bi jih morala opraviti APA, sicer zdaj opravlja druga pravna oseba, t.j. APA-OTS. Vendar z gospodarskega stališča APA-OTS ne pomeni tretje osebe, saj jo v celoti obvladuje matična družba APA. Ne samo 100-odstotna kapitalaska udeležba družbe APA, temveč tudi pravice dajati navodila, ki ji pripadajo, ter pogodba o izključitvi dobička in izgube zagotavljajo, da matična družba obvladuje APA-OTS kot lastno poslovno enoto. Tako se z gospodarskega stališča pogoji za izvedbo oddaje javnega naročila storitev niso bistveno spremenili.

62. Ravnanje iz leta 2000 torej ne pomeni bistvene spremembe pogodbe in ga tako ni treba obravnavati kot (novo) oddajo javnega naročila storitve.

63. Okoliščina, da 100-odstotna kapitalaska udeležba družbe APA v družbi APA-OTS ni zagotovljena za celoten čas trajanja javnega naročila, temu ne nasprotuje.<sup>33</sup> APA bi teoretično sicer lahko deleže v družbi APA-OTS kadarkoli odsvojila tretjim. Za razjasnitev vprašanja, ali je prišlo v letu 2000 do bistvene spremembe pogodbe in s tem nove oddaje javnega naročila storitve, so odločilni samo v tistem času konkretno predvidljivi dogodki.

64. Načelo pravne varnosti zahteva, da se dolžnost izvedbe postopka oddaje javnega naročila presoja vselej *ex ante*, torej v trenutku sklenitve pravnega posla.<sup>34</sup> Tako s stališča javnega naročnika in njegovega poslovnega partnerja kot tudi neupoštevanih konkurentov mora bit že v trenutku izvajanja nekega ravnanja jasno, ali je treba izvesti postopek oddaje javnega naročila ali ne. Kasnejše okoliščine se vselej upoštevajo

33 – Enako velja za razveljavitev pogodbe o izključitvi dobička in izgube.

34 – Glej k temu moje sklepne predloge, predstavljene 1. marca 2005 v zadevi Parking Brixen (navedena v opombi 32, točka 56). Vprašanje *konkretne predvidljivosti* odsvojitve deležev tretjim osebam igra odločilno vlogo tudi v sodbah Sodišča z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-29/04, ZODL, str. I-9705, točke od 38 do 41), z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZODL, str. I-3303, točke od 30 do 32) in sodbi Parking Brixen (navedena v opombi 32, točka 67, črka c).

takrat, kadar je bilo že v trenutku ravnanja možno z gotovostjo predvideti njihov nastop.

65. Iz dokumentacije izhaja, da v trenutku vključitve APA-OTS v izvajanje javnega naročila ni bilo konkretnih kazalcev, da bo APA izvedla odsvojitev deleža. Zaradi navedenih okoliščin ostajam pri svoji oceni, da ravnanje iz leta 2000 ni pomenilo bistvene spremembe pogodbe in tako ni bilo treba izvesti postopka oddaje javnega naročila.

b) Drugi del prvega vprašanja: članstvo v APA

66. Bundesvergabeamt želi poleg tega vedeti, ali je v povezavi z ravnanjem iz leta 2000 pomembno, da se lahko v času trajanja pogodbe krog združnih članov družbe APA spremeni.

67. S stališča prava javnih naročil je lahko takšna sprememba pomembna samo, če je njena posledico vsaj delna sprememba izvajalca storitve, kar pomeni bistveno spremembo pogodbe.

68. Če gre na primer pri izvajalcu storitve zgolj za delovno skupnost brez lastne pravne subjektivitete, navadno vsak član delovne skupnosti s pogodbo z javnim naročnikom pridobi pravice in dolžnosti. V tem primeru sprememba v članstvu delovne skupnosti pripelje do tega, da se izvedba javnega naročila v celoti ali delno dodeli podjetju, ki se mu ni bilo treba podvreči konkurenci drugih ponudnikov in katerih izbira tudi ni posledica primerjave z morebitnimi drugimi ponudniki. S pridržkom zgoraj navedenih izjem<sup>35</sup> bi to pomenilo bistveno spremembo pogodbe.<sup>36</sup>

69. Če je izvajalec storitve pravna oseba, pa je samo ta pogodbeni partner javnega naročnika in kasnejše spremembe njenih imetnikov deležev ne pomenijo bistvene spremembe pogodbe.<sup>37</sup>

35 – Glej točke od 55 do 58 teh sklepnih predlogov.

36 – Iz sodbe Sodišča z dne 23. januarja 2003 v zadevi Makedoniko Metro in Michaniki (C-57/01, Recueil, str. I-1091, točka 61) izhaja, da sodi ureditev članstva skupnosti ponudnikov v pristojnost držav članic. Države članice so zato pristojne določiti, ali so spremembe v članstvu skupnosti ponudnikov sploh dopustne. Od tega je treba razlikovati vprašanje, ki je tukaj ključno, in sicer, ali takšne spremembe *po* izvedeni oddaji javnega naročila predstavljajo bistvene spremembe pogodbe, s čimer vnovič izpolnjujejo dejansko stanje podelitve javnega naročila. Zадnje navedeno je vprašanje na ravni prava Skupnosti.

37 – Če bi vsaka sprememba lastniških razmerij v pravni osebi imela za posledico izvedbo novega postopka oddaje javnega naročila, bi bila oddaja javnih naročil delniških družbam, ki kotirajo na borzi, katerih delničarji se včasih dnevno spreminjajo, praktično nemogoča.

70. V obravnavanem primeru iz dokumentacije izhaja, da je APA „registrirana zadruga z omejeno odgovornostjo“. To pomeni, da ima APA pravno osebnost. S pridržkom ugotovitev Bundesvergabeamt je torej treba za pogodbeno stranko Republike Avstrije šteti družbo APA, in ne njenih združnih članov. V takšnem primeru morebitne spremembe združnih članov ne pomenijo bistvene spremembe pogodbe.

72. Ozadje tega vprašanja je v letu 2005 med APA in Republiko Avstrijo sklenjen drugi dodatek k osnovni pogodbi.

a) Prvi del tretjega vprašanja: obnovitev prepovedi

### 3. Tretje vprašanje

71. S svojim tretjim vprašanjem želi Bundesvergabeamt v bistvu vedeti, ali je za novo oddajo javnega naročila treba šteti storitev v smislu Direktive 92/50, če javni naročnik in izvajalec storitve v času trajanja pogodbe o izvajanju storitev to spremenita tako, da

73. Prvi del tretjega vprašanja se nanaša na v letu 2005 dogovorjeno obnovitev prepovedi odpovedi pogodbenih strank, ki se je tedaj že iztekla.

- se prvotno dogovorjena prepoved odpovedi, ki je že potekla, obnovi za tri leta in
- določena plačila odstopajo od dogovorjenih, ker se zanje odslej prizna za 10 odstotkov višji popust.

74. S stališča prava javnih naročil bi bilo problematično, če bi se poleg časovno neomejenega trajnega dolžniškega razmerja sklenil še sporazum o prepovedi odpovedi za daljše časovno obdobje, ali če bi bila odpoved s strani javnega naročnika celo v celoti izključena. Takšen sporazum bi namreč dolgoročno onemogočal vsakršno konkurenco med možnimi izvajalci storitev in s tem v temelju nasprotoval ciljem direktiv s področja javnih naročil.

75. Drugače je treba obravnavati na tri leta omejeno prepoved odpovedi, kot je bila dogovorjena leta 2005. Za takšno prepoved odpovedi ni mogoče samo po sebi reči, da je s stališča prava javnih naročil nedopustna. Vendar je treba preizkusiti, ali bi morala biti podvržena postopku oddaje javnega naročila. To je odvisno od tega, ali je treba prepoved odpovedi šteti za bistveno spremembo pogodbe k obstoječi osnovni pogodbi.<sup>38</sup>

76. Prepoved odpovedi, ki je omejena na nekaj let, je možno opredeliti kot bistveno spremembo pogodbe, če lahko izkrivlja konkurenco na zadevnem trgu in če daje prednost pogodbenemu partnerju javnega naročnika v primerjavi z drugimi možnimi izvajalci storitev.<sup>39</sup>

77. Navedeno je podano samo izjemoma, in sicer, če so ob sklenitvi sporazuma o prepovedi odpovedi konkretni znaki, da bi javni naročnik sicer v času trajanja prepovedi odpovedi odstopil od sklenjene pogodbe. Samo v tem primeru bi namreč lahko drugi izvajalci storitev sploh resno upali na to, da bi v tem času v celoti ali deloma nadomestili dosedanjega izvajalca storitev.

78. K temu je treba pripomniti, prvič, da javni naročnik ni bil dolžan predčasno prekiniti veljavnega pogodbenega razmerja, katerega nastanek ni bil v nasprotju z veljavnim pravom; pristop Avstrije k Evropski uniji za javnega naročnika ni povzročil dolžnosti odpovedi veljavne pogodbe ali novega razpisa.<sup>40</sup> Republika Avstrija je sicer od poteka prvotno (1994) dogovorjene prepovedi odpovedi sicer imela pravno možnost odpovedi storitvene pogodbe, sklenjene z APA, vendar ta ni bila obvezna.

79. Drugič, Republika Avstrija – s pridržkom morebitnih naslednjih ugotovitev Bundesvergabeamt – v letu 2005 ni imela gospodarskega interesa v času upoštevanega, razmeroma preglednega teka prepovedi odpovedi, to je do konca leta 2008, zamenjati izvajalca storitve. Kolikor je znano, bi lahko javni naročnik razumno sklepal, da do leta 2008 ne bo na razpolago enakovrednih ponudb pod ugodnejšimi pogoji, ki bi upravičevali zamenjavo.

80. V skladu s tukaj podanimi informacijami v letu 2005 sklenjen novi sporazum o tri leta veljavni prepovedi odpovedi tako ni pomenil

38 – Glej točko 48 teh sklepnih predlogov.

39 – Glej točki 48 in 49 teh sklepnih predlogov.

40 – V tem smislu sodba Tögel (navedena v opombi 21, točki 53 in 54).

nevarnosti za izkrivljanje konkurence in ga tako ni mogoče opredeliti kot bistveno spremembo osnovne pogodbe.

83. Najprej je treba preizkusiti, ali je zvišanje prvotno priznanega popusta za deset odstotkovnih točk sploh pomenilo *vsebinsko spremembo* določb glede plačila, ki se uporabljajo za javno naročilo storitev.

b) Drugi del tretjega vprašanja: dogovor o višjih popustih

81. Drugi del tretjega vprašanja se nanaša na v letu 2005 dogovorjene višje popuste za online iskanje podatkov iz informacijskih služb družbe APA. Medtem ko je osnovna pogodba za avstrijske zvezne službe za to določala 15-odstotni popust, je bil z drugim dodatkom k tej pogodbi določen 25-odstotni popust.

84. APA in APA-OTS navajata, da je zdajšnji popust v višini 25 odstotkov zgolj logična posledica tega, kar je bilo že tako ali tako določeno v osnovni pogodbi. Že osnovna pogodba je namreč upoštevala stopenjsko tarifo družbe APA. Novi, višji popust lahko enačimo z uvedbo nove, nižje stopnje v plačilni listi družbe APA.

82. Kot je bilo že omenjeno<sup>41</sup>, lahko o novi oddaji sedanjega javnega naročila storitve govorimo samo, če se izvede bistvena sprememba pogodbe. To velja tudi za spremembe pogodbeno dogovorjenega plačila. Tudi če modalitete plačila kot takšne pomenijo bistveno sestavino pogodbe<sup>42</sup>, ni mogoče vsake, še tako nepomembne spremembe prvotno dogovorjenih določb glede plačila, šteti za bistveno spremembo pogodbe.

85. K temu je treba dodati, da je konkretna presoja odločilnih dejstev v sporu o glavni stvari v pristojnosti Bundesvergabeamt. V predložitvenem sklepu, ki je za obravnavani postopek za sprejetje predhodne odločbe edini odločilni dejanski okvir<sup>43</sup>, je sprememba odstotkovnih točk s 15 na 25 odstotkov predstavljena kot „višji popust kot doslej“. Navedeno nakazuje na vsebinsko spremembo določb glede plačila.

41 – Glej točki 48 in 49 teh sklepnih predlogov.

42 – V tem smislu sodba Komisija proti CAS Succhi di Frutta (navedena v opombi 28, točka 117).

43 – Sodbi Sodišča z dne 29. aprila 2004 v združenih zadevah Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, Recueil, str. I-5257, točka 42) in z dne 12. januarja 2006 v zadevi Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, ZODL, str. I-589, točka 21).

86. To oceno potrjuje tudi dejstvo, da se je že prvotno določeni 15-odstotni popust nanašal na „najnižjo stopenjsko tarifo“. Javnemu naročniku je bila tako že ob sklenitvi osnovne pogodbe leta 1994 priznana najugodnejša možna tarifna stopnja. Ob upoštevanju teh okoliščin ni verjetno, da sta pogodbeni stranki v tistem času načrtovali dvig v še ugodnejši cenovni razred oziroma da bi to sploh lahko imeli za mogoče. Če se v letu 2005 prizna za 10 odstotnih točk višji popust, ki se poleg tega ponovno nanaša na najnižjo stopenjsko tarifo, pomeni navedeno dejansko spremembo cene, ki naj bi bila že tako ali tako določena v osnovni pogodbi, in ne zgolj logične posledice načina določanja plačil,

87. Kot *bistveno spremembo pogodbe* lahko takšno spremembo cene štejemo samo, če je dejansko sposobna izkrivljati konkurenco na prizadetem trgu in če daje prednost pogodbeni stranki javnega naročnika v primerjavi z drugimi možnimi izvajalci storitev.

88. Da bi to lahko ugotovili, je po eni strani treba upoštevati obseg cenovne spremembe za konkretno storitev, po drugi strani pa tudi, kakšen vpliv ima ta cenovna sprememba na pomen zadevnega javnega naročila v celoti.

89. Kar zadeva spremembo cene kot takšno, je nevarnost izkrivljanja konkurence v primeru znižanja cen manjša kot v primeru njihovega zvišanja. Znižanje plačila namreč učinkuje v korist javnega naročnika in poleg tega praviloma izboljšuje tudi gospodarnost izvedbe naročila.

90. Kljub temu ni mogoče vnaprej izključiti, da lahko tudi dogovor o nižjem plačilu izkrivlja konkurenco. Na to je pravilno opozorila litovska vlada.

91. Vselej je odločilno, kakšni pogoji bi se lahko javnemu naročniku zagotovili na trgu v *trenutku spremembe pogodbe*. Če so se cene za storitev, ki je predmet obravnavane pogodbe, od oddaje javnega naročila na trgu na splošno znižale, dogovor o nižjem plačilu kot doslej sam po sebi ne zagotavlja spoštovanja konkurence in načela gospodarnosti. Preizkusiti je namreč treba, ali bi lahko javnemu naročniku zeleno storitev v trenutku spremembe pogodbe ponudili drugi možni izvajalci po še ugodnejši ceni kot njegov trenutni pogodbeni partner.

92. Po podanih informacijah ni konkretnih znakov za to, da bi lahko javni naročnik v obravnavanem primeru pri izvedbi postopka javnega naročila dosegel ugodnejšo ceno za enakovredno storitev, kot mu je to uspelo v

obliki drugega dodatka k osnovni pogodbi z družbo APA kot trenutnim izvajalcem storitve.

#### 4. Drugo vprašanje

93. Kar zadeva pomen izvedene spremembe cene v razmerju do javnega naročila kot celote, je treba upoštevati, da je bil višji popust dogovorjen samo za delno storitev, in sicer za online iskanje podatkov iz informacijskih služb družbe APA, in ne za vse storitve, ki jih izvaja omenjena družba. Za 10 odstotnih točk višji popust je sicer lahko pomemben za delno storitev, v razmerju do celotne pogodbe pa je njegov pomen veliko manjši.

94. Nazadnje mora potrebne ugotovitve o pomenu spremembe cene tako za delno storitev kakor tudi v razmerju do javnega naročila kot celote sprejeti Bundesvergabeamt.

95. Na podlagi informacij, s katerimi razpolaga Sodišče, pa menim, da sprememba cene, ki je posledica zvišanja popusta v drugem dodatku iz leta 2005, ne pomeni bistvene spremembe pogodbe.

96. Z drugim vprašanjem želi Bundesvergabeamt v bistvu vedeti, ali je treba šteti za novo oddajo javnega naročila storitve v smislu Direktive 92/50, če javni naročnik in izvajalec storitve sklenjeno pogodbo o izvajanju storitev v času njenega trajanja spremeni, tako da

- pogodbeno dogovorjena plačila zaradi prehoda na drugo valuto niso več določena v domači valuti, temveč v eurih,

- se na novo oblikuje v pogodbi določena klavzula zavarovanja vrednosti zaradi novega indeksa, ki je nadomestil do zdaj uporabljeni indeks, in

- določena plačila odstopajo od doslej dogovorjenih.

97. Ozadje tega vprašanja je v letu 2001 sklenjeni prvi dodatek k osnovni pogodbi, s katerim je prišlo do tovrstnih sprememb določb glede plačila.

98. Tehnične prilagoditve pogodbenih določil, ki ne vplivajo odločilno na razmerje med javnim naročnikom in njegovim pogodbenim partnerjem, nikakor ne pomenijo vsebinske spremembe pogodbe. Zlasti ne pomenijo bistvene spremembe pogodbe, ki bi narekovala izvedbo postopka oddaje javnega naročila.

99. Če se je veljavna pogodba zaradi prehoda na euro spremenila tako, da so dogovorjena plačila izražena v novi valuti, ne da bi se pri tem dejansko znižala ali zvišala, ne gre za bistveno spremembo pogodbe, temveč zgolj za tehnično prilagoditev veljavne pogodbe spremenjenim zunanjim okoliščinam.<sup>44</sup> Sestavni del te tehnične prilagoditve je tudi morebitno zaokroževanje novoizračunanih zneskov v eurih v skladu z veljavnimi pravnimi predpisi.

100. Za zgolj tehnično prilagoditev pogodbe gre lahko tudi v primeru spremembe prvotno dogovorjenega indeksa zavarovanja

vrednosti, če sta oba indeksa enakovredna. O takšni enakovrednosti lahko sklepamo na podlagi namiga v predložitvenem sklepu, da je novi indeks naslednik dosedanjega. Bundesvergabeamt pa se bo moralo še dodatno prepričati, ali je tudi način delovanja novega indeksa enakovreden dosedanjemu. Tako morajo biti zlasti potrošniške košarice ali druge enote, na katere se nanašata navedena indeksa, v bistvu enakovredne.

101. Če pa pogodbeni stranki preračunata valuti ali spremenita indeks, s čimer se prvotno dogovorjena plačila tudi dejansko spremenijo, pomeni ta ukrep več kot zgolj tehnično prilagoditev pogodbe. V tem primeru ni izključeno, da je podana bistvena sprememba pogodbe, ki vpliva na konkurenco med izvajalci storitev.

102. V obravnavanem primeru so v skladu s predložitvenim sklepom prilagoditve osnovne pogodbe s prvim dodatkom privedle do tega, da so za sprejemanje določenih oddajanj zveznih služb v OTS za leta 2002, 2003 in 2004 veljali najvišji zneski, ki jih ni bilo mogoče zvišati.

103. Bundesvergabeamt bo moralo preizkusiti, ali so se s tem bistveno spremenila v osnovni pogodbi dogovorjena plačila.

<sup>44</sup> – Prilagoditev pogodbe zaradi prehoda na drugo valuto sicer ne bi bila nujno potrebna, ker so že veljavni pravni okvirji zagotavljali, da je treba vse zneske, izražene v nacionalni valuti, v prihodnje šteti za zneske v eurih, ne da bi s tem prišlo do spremembe veljavnih pogodbenih obveznosti (glej tudi člena 3 in 5 Uredbe Sveta [ES] št. 1103/97 z dne 17. junija 1997 o nekaterih določbah v zvezi z uvajanjem eura, UL L 162, str. 1). Vendar APA in APA-OTS upravičeno navajata, da je lahko izrecna pogodbeno prilagoditev, zlasti v trajnem dolžniškem razmerju, kot je obravnavano, vseeno smiselna, saj se s tem preprečijo višji upravni stroški, povezani s stalnimi preračunavanji valut.

Odločilno je, kakšen razvoj v osnovni pogodbi dogovorjenih indeksiranih plačil bi bilo možno pričakovati ob objektivnem upoštevanju razpoložljivih kazalcev v letu 2001.

## B – Četrto in peto vprašanje

104. Če najvišja plačila, določena za leta 2002, 2003 in 2004, ustrezajo cenam, ki bi predvidoma veljale tudi pri uporabi v osnovni pogodbi določene klavzule zavarovanja vrednosti, ni podana bistvena sprememba pogodbe.<sup>45</sup> Če zelo odstopajo od gibanja cen, ki ga predvideva osnovna pogodba, je treba preučiti vpliv te spremembe na konkurenco, za kar veljajo merila, ki so predstavljena zgoraj pod drugim delom tretjega vprašanja.<sup>46</sup>

106. Četrto in peto vprašanje, v okviru katerih se Bundesvergabeamt ukvarja z uporabljenim postopkom oddaje javnega naročila in dokazom o usposobljenosti izvajalca za izvajanje storitve, predpostavljata, da je treba ravnanje iz let 2000, 2001 in 2005 šteti za oddajo javnega naročila storitve.

107. Na podlagi informacij, s katerimi razpolaga sodišče, menim, da to ravnanje v nobenem primeru ni pomenilo takšne oddaje.<sup>47</sup> Zaradi tega bom četrto in peto vprašanje preizkušala zgolj v pomoč.

### 1. Četrto vprašanje

105. Na podlagi informacij, s katerimi razpolaga Sodišče, menim, da so se spremembe cen, kot so bile dogovorjene v prvem dodatku, gibale znotraj okvira letnega dviga cen, predvidenega za leto 2001, in že zaradi tega ne pomenijo bistvene spremembe pogodbe.

108. S četrtnim vprašanjem želi Bundesvergabeamt v bistvu vedeti, ali se lahko javno naročilo storitve kot celota odda v postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu, če so predmet javnega naročila predvsem neprednostne storitve in izključne

45 – V prvem dodatku dogovorjena maksimalna ciljna plačila za leta 2002, 2003 in 2004 se med seboj le malo razlikujejo. S pridržkom podrobnejšega preizkusa s strani Bundesvergabeamt se zdi, da se takšne neznatne spremembe cen iz leta v leto gibljejo znotraj v letu 2001 pričakovanega splošnega gibanja cen v prihodnjih letih.

46 – Glej točke od 81 do 94 teh sklepnih predlogov.

47 – Glej v zvezi z navedenim moja izvajanja k prvemu, drugemu in tretjemu vprašanju (točke od 41 do 105 teh sklepnih predlogov).

pravice v smislu člena 11(3)(b) Direktive 92/50 ne vsebujejo vseh, temveč zgolj določene storitve.

in neprednostnih storitev<sup>49</sup>, po vrednosti pa znatno prevladujejo neprednostne.

a) Prednostne in neprednostne storitve

109. Direktiva 92/50 skladno s svojimi členi od 8 do 10 razlikuje med prednostnimi in neprednostnimi storitvami. Prve so določene v prilogi I A k Direktivi, druge pa v prilogi I B. Ozadje te ureditve je, naj se javnim naročilom za neprednostne storitve zaradi njihovega specifičnega značaja *a priori* ne pripisuje čezmejnega učinka, ki bi upravičeval, da bi se tovrstne storitve morale oddajati po postopku javnega razpisa.<sup>48</sup>

110. Bundesvergabeamt na podlagi navedb družb APA in APA-OTS izhaja iz tega, da gre pri storitvah tiskovnih agencij, kot so dogovorjene tukaj, za mešanico prednostnih

111. Če sprejmemo to oceno kot pravilno<sup>50</sup>, se za javno naročilo storitve, ki je bilo oddano družbi APA, v celoti uporabi ureditev, ki velja za neprednostne storitve (člen 10 Direktive 92/50). Tako gre za javno naročilo, za katero ne velja poseben postopek oddaje javnega naročila v smislu naslova III Direktive 92/50.<sup>51</sup>

b) Uporaba zahteve po preglednosti

112. Tudi pri oddajah, za katere direktive s področja oddaje javnih naročil ne določajo posebnih postopkov oddaje javnih naročil, je v skladu z ustaljeno sodno prakso treba spoštovati temeljna pravila Pogodbe ES na splošno in posebej prepoved diskriminacije

49 – APA in APA-OTS menita, da je treba njune dokumentacijske storitve umestiti na področje „storitve knjižnic“ („Library services“, vrstna številka 96311 iz nomenklature CPC), storitve OTS pa na področje „elektronske tiskovne storitve“ („Electronic message and information services“, vrstna številka 75232 iz nomenklature CPC).

50 – Predložitveni sklep določa dejanski okvir, znotraj katerega je treba odgovoriti na predhodna vprašanja; glej tudi v opombi 43 navedeno sodno prakso.

51 – V skladu s členom 9 v povezavi s členom 10 Direktive 92/50 se za takšne pogodbe uporabljata (samo) člena 14 in 16 te direktive, ki za tukaj zastavljena vprašanja nista pomembna. Druge postopkovne določbe, predvidene v Direktivi 92/50, zlasti določbe o razpisu s predhodno objavo obvestila o naročilu, za ta naročila ne veljajo (sodba Komisija proti Irski, navedena v opombi 25, točki 23 in 24). Vendar pa velja prepoved diskriminacije, ki je določena v členu 3(2) Direktive 92/50 (sodba Sodišča z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Contse in drugi, C-234/03, ZOdl., str. I-9315, točka 47).

48 – Sodba Komisija proti Irski (navedena v opombi 25, točka 25).

na podlagi državljanstva.<sup>52</sup> Da navedeno velja tudi za oddajo javnih naročil za neprednostne storitve, je Sodišče pojasnilo šele pred kratkim.<sup>53</sup>

trg v letu 1999 kaže na to, da avstrijski trg za nove ponudnike ni povsem nezanimiv.

113. Če je pri javnem naročilu za neprednostne storitve izražen jasen čezmejni interes, se zanj uporabi iz temeljnih svoboščin izhajajoča *zahteva po preglednosti*, javno naročilo pa se ne more oddati brez vsakršne preglednosti.<sup>54</sup>

- Veljavni sporazumi o sodelovanju med različnimi tiskovnimi agencijami, ki delujejo na svojih domačih trgih, omenjenih na ustni obravnavi, sami po sebi ne izključujejo, da bodo posamezne od teh agencij želele v prihodnje svoje delovanje na trgu, kot je avstrijski, okrepiti z lastno prisotnostjo na kraju samem.

114. Bundesvergabeamt bo moralo ugotoviti, ali je pri izvajanju storitev tiskovnih agencij, ki so v obravnavanem primeru predmet pogodbe, izražen jasen čezmejni interes.<sup>55</sup> Pri tem je treba med drugim upoštevati te vidike:

- O čezmejnem interesu govori okoliščina, da so številne tiskovne agencije mednarodno dejavne. Tudi vstop družbe PN na

- Proti čezmejnemu interesu lahko govori okoliščina, da je večina storitev, ki jih potrebujejo avstrijski zvezni organi, specifično povezanih z Avstrijo in regionalnim dogajanjem v njenih deželah.

52 – Sodba Parking Brixen (navedena v opombi 32, točka 46); glej tudi sodbe Sodišča z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, točka 60), z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točka 16), z dne 20. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Franciji (C-264/03, ZOdl., str. I-8831, točka 33), sodbo ANAV (navedena v opombi 34, točka 18) in z dne 14. junija 2007 v zadevi Medipac-Kazantzidis (C-6/05, ZOdl., str. I-4557, točka 33); glej tudi sklep z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard (C-59/00, Recueil, str. I-9505, točka 20).

53 – Sodba Komisija proti Irski (navedena v opombi 25, točka 29).

54 – Sodba Komisija proti Irski (navedena v opombi 25, točka 30); glej v zvezi z zahtevo po preglednosti tudi sodbe Telaustria in Telefonadress (navedena v opombi 52, točka 62), Coname (navedena v opombi 51, točki 16 in 17), Parking Brixen (navedena v opombi 32, točke 46 do 49) in ANAV (navedena v opombi 34, točke od 18 do 21).

55 – Sodba Komisija proti Irski (navedena v opombi 25, točki 29 in 30); v enakem smislu tudi sodba Sodišča z dne 31. januarja 2008 v zadevi Centro Europa 7 (C-380/05, ZOdl., str. I-349, točka 67).

#### c) Vsebina zahteve po preglednosti

115. Po vsebini iz zahteve po preglednosti izhaja, da je treba zagotoviti *primerno stopnjo*

*javnosti*.<sup>56</sup> Do zdaj še ni bilo pojasnjeno, natančno katere zahteve iz tega izhajajo za postopke oddaj, za katere direktive s področja oddaje javnih naročil ne določajo specifičnih postopkov oddaje javnih naročil. Gotovo je samo, da iz zahteve po preglednosti ne izhaja nujno dolžnost javnega razpisa.<sup>57</sup>

116. Naloga javnega naročnika je, da v vsakem posameznem primeru presodi, kakšna je primerna stopnja javnosti za zagotovitev konkurence v postopku oddaje in za zagotovitev revizije za ugotovitev nepriustranske izvedbe postopka oddaje.<sup>58</sup>

117. Zahteva po preglednosti naj bi se na splošno ne razlagala v smislu, da je treba vselej uporabiti postopek oddaje, ki v vseh podrobnostih ustreza postopku, določenem z direktivami s področja javnih naročil.<sup>59</sup> Drugače namreč ne bi bilo smiselno razlikovati med postopki oddaj, za katere veljajo navedene direktive, in postopki, za katere

ne veljajo; brezpredmetne bi postale tudi finančne mejne vrednosti, ki jih je določil zakonodajalec Skupnosti.

118. Zlasti pa zahteva po preglednosti ne postavlja posebnih zahtev za postopke oddaje, za katere direktive s področja javnih naročil ne določajo posebnih postopkov oddaje, za razliko od postopkov oddaje, za katere so takšni postopki v direktivah določeni.<sup>60</sup> Direktive s področja oddaje javnih naročil namreč zahtevo po preglednosti zgolj konkretizirajo za določene, posebej pomembne postopke oddaj javnih naročil.<sup>61</sup>

119. Zahteva po preglednosti torej ne more postavljati višje zahteve glede javnosti za tista javna naročila, katerih predmet so v celoti ali predvsem neprednostne storitve, kot za naročila, katerih predmet so v celoti ali predvsem prednostne storitve.

56 – Sodbe Telaustria in Telefonadress (navedena v opombi 52, točka 62), Coname (navedena v opombi 52, točki 16 in 17), Parking Brixen (navedena v opombi 32, točka 49) in ANAV (navedena v opombi 34, točka 21).

57 – Sodba Coname (navedena v opombi 52, točka 21); nerazumljiva je sodba Parking Brixen (navedena v opombi 32, točka 50), ki v zavezujoči nemški jezikovni različici uporablja pojem „razpis“, kar verjetno temelji na neposrečenem prevodu francoskega izraza „mise en concurrence“.

58 – Sodbe Telaustria in Telefonadress (navedena v opombi 52, točka 62), Parking Brixen (navedena v opombi 32, točki 49 in 50) in ANAV (navedena v opombi 34, točka 21). Koristne napotke v tej zvezi ponuja tudi sporočilo Komisije v zvezi z vprašanji, ki se nanašajo na pravo Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki ne sodijo ali sodijo le delno pod direktive s področja javnih naročil (UL 2006, C 179, str. 2).

59 – Glej k temu že moje sklepne predloge v zadevi Parking Brixen (navedene v opombi 32, točka 37).

60 – V tem smislu sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jacobsa, predstavljeni 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Italiji (C-525/03, ZOdl., str. I-9405, točka 47), generalne pravobranilke Stix-Hackl, predstavljeni 14. septembra 2006 v zadevi Komisija proti Irski (C-532/03, ZOdl., str. I-11353, točka 111) in generalne pravobranilke Sharpston, predstavljeni 18. januarja 2007 v zadevi Komisija proti Franciji (C-195/04, ZOdl., str. I-3351, točki 76 in 77); glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Parking Brixen (navedene v opombi 32, točka 46).

61 – V tem smislu sodba Komisija proti Irski (navedena v opombi 25, točke od 27 do 29); glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Parking Brixen (navedene v opombi 32, točka 47).

120. Za pogodbe o storitvah, ki jih zaradi varstva izključnih pravic<sup>62</sup> lahko izvaja samo določen izvajalec storitev, navedeno pomeni, da se lahko vedno oddajo v postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, ne glede na to, ali gre za prednostne ali neprednostne storitve. Če namreč člen 11(3)(b) Direktive 92/50 takšen postopek dopušča že za prednostne storitve, mora biti v takšnem postopku še toliko bolj dopustno oddajati neprednostne storitve. Tako lahko ocene, ki izhajajo iz člena 11(3) Direktive 92/50, prenesemo tudi na področje neprednostnih storitev. Kadar člen 11(3) Direktive 92/50 ne zahteva predhodne objave obvestila o javnem naročilu, tudi iz zahteve po preglednosti ne more izhajati nič drugega.<sup>63</sup>

d) Oddaja mešanega naročila storitve kot celota

122. Ugotoviti je treba, ali se lahko javno naročilo storitve *kot celota* odda v postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, če izključne pravice v smislu člena 11(3)(b) Direktive 92/50 ne vsebujejo vse, temveč zgolj določene storitve, ki jih je treba izvesti.

123. Načeloma velja, da je treba člen 11(3) Direktive 92/50, kot izjemo od predpisov, ki zagotavljajo učinkovitost pravic, priznanih s Pogodbo ES na področju javnih naročil storitev, razlagati ozko.<sup>64</sup> V zvezi s postopki oddaj, katerih predmet je celota storitev, navedeno govori za to, da se postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu uporablja samo za storitve, izrecno določene v členu 11(3).

121. Primerna preglednost, ki zagotavlja, da se s postopkom oddaje zagotavlja konkurenca, in ki omogoča revizijo nepristranske izvedbe postopka oddaje javnega naročila, se lahko pri storitvah v smislu člena 11(3) Direktive 92/50 zagotavlja tudi s kasnejšo objavo obvestila.

124. Vendar pride takšna posebna oddaja storitev v smislu člena 11(3)(b) Direktive 92/50 v poštev samo, če je javno naročilo sploh možno deliti. Pri tem ne zadošča samo

62 – Ugotovitev, ali je v obravnavanem primeru podana takšna izključna pravica, je v pristojnosti Bundesvergabeamt.

63 – V tem smislu tudi sporočilo Komisije (navedeno v opombi 58, poglavje 2.1.4).

64 – Sodbi Sodišče z dne 18. novembra 2004 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-126/03, ZOdl., str. I-11197, točka 23) in z dne 10. aprila 2003 v združenih zadevah Komisija proti Nemčiji (C-20/01 in C-28/01, Recueil, str. I-3609, točka 58). Glej tudi člen 11(4) Direktive 92/50, po katerem se „v vseh drugih primerih“ uporabi odprt ali omejen postopek.

teoretična deljivost javnega naročila, temveč je treba upoštevati tudi namen uporabe in praktične učinke storitev glede na to, ali se izvajajo ločeno ali kot celota.

125. V obravnavanem primeru so APA in APA-OTS, Republika Avstrija in pisarna zveznega predsednika vlade prepričljivo predstavili, kako tesno so med seboj povezane različne storitve tiskovnih agencij, ki so bile dogovorjene z osnovno pogodbo. Tako ne bi bilo primerno, da bi se redakcijski prispevki prejemali od enega izvajalca storitev, reakcije nanje pa bi se pošiljale prek drugega, ker ni gotovo, da imata oba izvajalca enake končne odjemalce. Na poročilo, ki je bilo objavljeno v časopisu A, se lahko odgovori z izjavo v časopisu B. Poleg tega je tudi za prijazno uporabo s strani služb odločilno, da se do medsebojno povezanih baz podatkov lahko dostopa prek enotne uporabniške podlage.

126. Dejstvo, da storitve OTS zdaj izvaja APA-OTS, in ne več družba APA, ne govori o deljivosti pogodbenih sestavin. Kot je bilo že omenjeno, gre pri tem zgolj za interno reorganizacijo na strani izvajalca storitve; z gospodarskega stališča ni prišlo do spremembe izvajalca storitve, saj družba APA nadzira družbo APA-OTS kot svojo lastno poslovno enoto.<sup>65</sup> Prav tako so različne

storitve med seboj še vedno prepletene in jih je mogoče enotno priklicati.

127. Vse navedeno – s pridržkom konkretne presoje dejanskega stanja s strani Bundesvergabeamt – govori proti deljivosti pogodbe o opravljanju storitev, sklenjene med Republiko Avstrijo in družbo APA, in s tem proti dolžnosti ločene oddaje različnih sestavin pogodbe.

128. Navedenega ne spreminja niti dejstvo, da so predmet pogodbe o opravljanju storitev tako prednostne kot neprednostne storitve. Iz člena 10 Direktive 92/50 izhaja, da nikakor ni nujno, da se prednostne in neprednostne storitve oddaja ločeno.<sup>66</sup>

129. Drugače bi veljalo, če bi javni naročnik posamezne storitve samovoljno ali samo, da bi se zaobšli predpisi s področja javnih naročil, združil v enotno naročilo storitve.<sup>67</sup> O tem ni znakov. Na podlagi informacij, s katerimi razpolaga Sodišče, je v nasprotju z navedenim zaradi dejanskih razlogov prišlo do oddaje vseh spornih storitev kot celote.<sup>68</sup>

65 – Glej točke 20, 61 in 62 teh sklepnih predlogov.

66 – Glej tudi sodbo Felix Swoboda (navedena v opombi 15, točki 56 in 60).

67 – Sodba Felix Swoboda (navedena v opombi 15, točki 57 in 60).

68 – Glej točko 125 teh sklepnih predlogov.

## e) Vmesni rezultat

130. Za četrto vprašanje tako v povzetku velja:

Javno naročilo storitve se lahko kot celota odda v postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu, če so predmet naročila predvsem neprednostne storitve, izključno pravico v smislu člena 11(3)(b) Direktive 92/50 pa vsebujejo samo določene storitve, ki jih je treba izvesti, ne pa vse, razen če so bile posamezne storitve združene v enotno naročilo samovoljno ali, da bi se zaobšli predpisi s področja javnih naročil.

## 2. Peto vprašanje

131. S svojim petim vprašanjem želi Bundesvergabeamt v bistvu vedeti, ali lahko podjetnik svojo usposobljenost za izvajanje javnega naročila storitve utemelji zgolj s trditvijo, da mu je drugo podjetje na podlagi člena 82 ES dolžno pod ustreznimi pogoji dati na razpolago določene podatke.

132. Ozadje tega vprašanja je okoliščina, da je izvajanje storitev tiskovnih agencij, po katerih povprašujejo avstrijski zvezni organi, povezano z dostopom do obsežnega arhiva, iz katerega je med drugim mogoče pridobiti tudi zgodovinske informacije in tekste. Po navedbah v predložitvenem sklepu PN ne razpolaga z zgodovinskim arhivom podatkov, ki bi bil primerljiv s tistim, s katerim razpolaga družba APA. Poleg tega družba APA svojim konkurentom ne zagotavlja dostopa do lastnih arhivov, zlasti ne za nadaljnje razpošiljanje podatkov. Zato je treba ugotoviti, ali lahko družba PN svojo usposobljenost v smislu člena 31 Direktive 92/50 utemelji s tem, da ima pravico zahtevati dostop do arhivov družbe APA, zlasti do njene baze podatkov APADok.

133. S tem se namiguje na doktrino, o kateri se razpravlja v okviru konkurenčnega prava, to je „Essential-Facilities doktrine“. Skladno z merodajno sodno prakso se lahko v izjemnih okoliščinah v okviru člena 82 ES šteje, da gre za zlorabo, če podjetje s prevladujočim položajem na trgu drugemu podjetju ne omogoča dostopa do nepogrešljivih dobrin, storitev ali podatkov („essential facilities“).<sup>69</sup> V takšnih primerih lahko iz člena 82 ES za podjetje s prevladujočim položajem na trgu izhaja kontrahirna dolžnost.

<sup>69</sup> – Sodbe Sodišča z dne 6. aprila 1995 v združenih zadevah RTE in ITP proti Komisiji, „Magill“ (C-241/91 P in C-242/91 P, Recueil, str. I-743, točke od 49 do 57), z dne 26. novembra 1998 v zadevi Bronner (C-7/97, Recueil, str. I-7791, točke od 38 do 47) in z dne 29. aprila 2004 v zadevi IMS Health (C-418/01, Recueil, str. I-5039).

134. V obravnavanem primeru ostaja odprto vprašanje, ali baza podatkov, kot je arhiv APADok, ki ga vodi družba APA, vsebuje nepogrešljive podatke za njene konkurente, torej, ali gre za „essential facility“, in ali so predstavljene izjemne okoliščine, ki bi družbo APA zavezovale k temu, da mora pod ustreznimi pogoji svojim konkurentom priznati pravico do dostopa do svojega arhiva.

135. Izvajalec storitve, ki se v postopku oddaje javnega naročila želi sklicevati na sredstva drugih ustanov ali podjetij, mora dokazati, da *dejansko* razpolaga s temi sredstvi.<sup>70</sup> Drugače namreč javni naročnik njegove usposobljenosti za izvajanje storitev ne more ustrezno primerjati z drugimi možnimi izvajalci storitev. Če bi javni naročnik sprejel zgolj *morebitno* razpolaganje izvajalca storitev z navedenimi sredstvi, bi bilo lahko nevarno, da bi se javno naročilo oddalo podjetniku, katerega usposobljenost za izvajanje storitev bi se lahko kasneje – to je v primeru težav pri dostopu do potrebnih sredstev – izkazala kot pomanjkljiva. Hkrati bi morda s tem za javno naročilo prikrajšal drugega, dejansko bolj usposobljenega podjetnika. Takšno ravnanje ne bi ustrezalo niti načelu enakih možnosti za vse možne izvajalce storitev niti načelu gospodarnosti v postopku oddaje javnih naročil.

70 – Sodbe Sodišča z dne 2. decembra 1999 v zadevi Holst Italia (navedena v opombi 31, točka 29), Siemens in ARGE Telekom (navedena v opombi 15, točka 44) in z dne 18. novembra 2004 v zadevi Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 64, točka 22). Za prihodnje primere glej tudi člen 48(3) Direktive 2004/18, ki predstavlja kodifikacijo navedene sodne prakse.

136. Tiskovna agencija, kot je družba PN, torej ne more samo trditi, da ima pravico zahtevati dostop do arhivov družbe APA, temveč mora konkretno dokazati, da ji bo ta dostop tudi dejansko priznan, na primer v obliki izrecnega soglasja ali sklenjene licenčne pogodbe. Drugače svoje usposobljenosti za izvajanje storitev v postopku oddaje javnega naročila ne more uspešno dokazati s sklicevanjem na arhive družbe APA.

137. Praviloma kratki roki, znotraj katerih je treba v postopkih oddaje javnega naročila sprejeti odločitev, ne dopuščajo pogosto zelo dolgotrajnega preučevanja težkih pravnih vprašanj v zvezi s členom 82 ES in doktrino „Essential-Facilities“. Morebitni spor o tem vprašanju mora prizadeti podjetnik razrešiti, preden se prijavi za javno naročilo.

138. V zvezi s petim vprašanjem lahko torej trdimo, da podjetnik svoje usposobljenosti za izvedbo javnega naročila storitve ne sme dokazovati zgolj s trditvijo, da mu mora drugo podjetje na podlagi člena 82 ES pod ustreznimi pogoji dati na razpolago določene podatke.

## C – Šesto in sedmo vprašanje

pojmov oškodovanja oziroma biti oškodovan iz člena 1(3) in člena 2(1)(c) Direktive 89/665. Kot že omenjeno<sup>72</sup>, je to vprašanje dopustno samo v zvezi s členom 1(3) direktive.

139. S šestim in sedmim vprašanjem Bundesvergabeamt sprašuje, kolikšno pravno varstvo je treba priznati podjetju, ki ga javni naročnik ni upošteval. Tudi ti vprašanji predpostavljata, da gre pri postopkih iz let 2000, 2001 in 2005 za oddajo javnega naročila storitve. To priznava tudi Bundesvergabeamt v predložitvenem sklepu.

140. Kot že rečeno, na podlagi podatkov, s katerimi razpolaga Sodišče, menim, da nobeden od teh postopkov ni pomenil takšne oddaje.<sup>71</sup> Zaradi tega bom vprašanji šest in sedem preizkusila zgolj v pomoč.

## 1. Šesto vprašanje

141. Predmet šestega vprašanja, ki ga je postavilo Bundesvergabeamt, je razlaga

142. S svojim vprašanjem želi Bundesvergabeamt v bistvu vedeti, ali je treba revizijski postopek izvesti že, če vlagatelj zahteve uveljavlja, da se zaradi neobjave obvestila o naročilu, ki ni bila upravičena, ni mogel udeležiti postopka oddaje javnega naročila, ali če mora ponudnik dodatno dokazati lastno usposobljenost za izvedbo javnega naročila. Podrobneje je treba torej pojasniti *upravičenost do vložitve zahteve* za revizijo.

143. Člen 1(3) Direktive 89/665 državam članicam dopušča, da upravičenost do vložitve zahteve, ki se nanaša na revizijo oddaje javnih naročil<sup>73</sup>, omejijo na dva načina: po eni strani z zahtevo po resničnem interesu vlagatelja zahteve za javno naročilo, po drugi strani pa z zahtevo po dejanski nastali oziroma grozeči škodi za vlagatelja zahteve. Tako se lahko izključijo popularne tožbe in pravna sredstva kandidatov, pri katerih očitno ni upanja na uspeh.

<sup>71</sup> – V zvezi s tem glej moje navedbe k prvemu, drugemu in tretjemu vprašanju (točke od 41 do 105 teh sklepnih predlogov).

<sup>72</sup> – V zvezi s tem glej točke od 35 do 37 teh sklepnih predlogov.

<sup>73</sup> – Sklicevanje na javna naročila za preskrbo in javna naročila za gradnje je treba zaradi razširitve področja uporabe Direktive 89/665 z Direktivo 92/50 razumeti tako, da vključuje vsa javna naročila, torej tudi javna naročila storitev. Ustrezna prilagoditev člena 1(1) Direktive 89/665, ne pa tudi odstavka 3, je najverjetneje posledica redakcijske napake zakonodajalca Skupnosti, ki je bila za prihodnje primere popravljena z Direktivo 2007/66.

144. Vendar se s tem ne sme ovirati praktična učinkovitost direktive.<sup>74</sup> Omejitve upravičenosti do vložitve zahteve je zaradi tega treba razlagati v luči dveh ciljev, ki jih zasleduje direktiva, to je, da se po eni strani posameznikom v zvezi z oddajo javnih naročil zagotavlja *učinkovito pravno varstvo* in po drugi strani, da se omogoči primeren *nadzor zakonitosti* odločitev javnih naročnikov.

145. Iz prve in druge uvodne izjave namreč izhaja, da je cilj Direktive 89/665, da se tako na nacionalni kot tudi na ravni Skupnosti izboljšajo ukrepi za zagotavljanje dejanske uporabe direktiv na področju javnih naročil; zaradi tega morajo države članice na podlagi člena 1(1) Direktive zagotavljati, da se lahko protipravne odločitve javnih naročnikov učinkovito in po možnosti hitro revidirajo.<sup>75</sup>

146. Zaradi tega upravičenost do vložitve zahteve revizije na področju prava javnih naročil ne sme biti pretirano omejena. Zlasti se v zvezi z *dopustnostjo* revizijskega

zahtevka ne smejo postavljati enake zahteve kot za njegovo *utemeljenost*.<sup>76</sup>

147. Torej se ne sme že v fazi vložitve zahteve od prizadetega zahtevati predložitev konkretnega dokaza, da mu je dejansko nastala škoda ali da mu nastanek škode grozi. Za upravičenost do vložitve zahteve v revizijskem postopku mora zadoščati, da prizadeti poleg pravne kršitve javnega naročnika *prepričljivo zatrjuje* svoj interes za sporno naročilo in *možnost* nastanka škode.

148. O možnosti nastanka škode se domneva, kadar ni očitno izključeno, da bi vlagatelj zahteve, če ne bi bila podana zatrjevana pravna kršitev javnega naročnika, dobil nadomestilo. Če se je javno naročilo – kot v obravnavanem primeru – oddalo z neposredno oddajo<sup>77</sup>, brez predhodne objave obvestila o naročilu, že iz te – kot protipravno grajane – preprečitve udeležbe v postopku oddaje javnega naročila izhaja, da vlagatelju zahteve morda ni bilo oddano naročilo in da mu je s tem nastala škoda.<sup>78</sup>

74 – Sodbe Sodišča z dne 19. junija 2003 v zadevi Fritsch, Chiari & Partner in drugi (C-410/01, Recueil, str. I-6413, točki 31 in 34), z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi (C-470/99, Recueil, str. I-11617, točka 72) in z dne 12. februarja 2004 v zadevi Grossmann Air Service (C-230/02, Recueil, str. I-1829, točka 42).

75 – Sodbe Sodišča z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Alcatel Austria in drugi (C-81/98, Recueil, str. I-7671, točki 33 in 34), Fritsch, Chiari & Partner in drugi (navedena v opombi 74, točka 30), Universale-Bau in drugi (navedena v opombi 74, točka 74) in Grossmann Air Service (navedena v opombi 74, točka 36).

76 – Okoliščina, da *na koncu revizijskega postopka* v določenih primerih ni možno dokazati nastanka škode ali grozeče škode, sama po sebi ne govori proti dopustnosti zahteve za revizijo; v tem smislu sodba Sodišča z dne 19. junija 2003 v zadevi Hackermüller (C-249/01, Recueil, str. I-6319, točka 27).

77 – Imenovana tudi „prostoročna oddaja“.

78 – Tako tudi nemško Bundesverfassungsgericht, sklep z dne 29. julija 2004 (2 BvR 2248/03, odstavek-št. 36 na koncu).

149. Zahtevati konkreten dokaz usposobljenosti za izvajanje storitve je v fazi vložitve zahteve za revizijo za prizadetega prav tako neprimerno kot dokaz, da bi mu bilo brez zatrjevane pravne kršitve javno naročilo dodeljeno.<sup>79</sup> Drugače bi se mu praktično onemogočil dostop do revizijskega postopka ali bi se mu ta preveč otežil.<sup>80</sup> Zlasti v postopkih neposredne oddaje, kot je obravnavani, bi bilo prizadetemu praktično nemogoče predložiti konkreten dokaz usposobljenosti, saj zaradi pomanjkanja predhodne objave obvestila o naročilu praviloma ne bo razpolagal z natančnimi informacijami o zahtevah, ki jih je postavil javni naročnik.

150. Zahteva za revizijo s sklicevanjem na pomanjkljivo usposobljenost prizadetega se lahko samo izjemoma že *a limine* zavrže kot nedopustna, in sicer takrat, ko je njegova pomanjkljiva usposobljenost že v času vložitve zahteve tako očitna, da ne potrebuje podrobnejše utemeljitve. Vse drugo pa je vprašanje utemeljenosti zahtevka.

151. V zvezi s šestim vprašanjem je torej treba pritrditi, da je zahteva za revizijo v smislu člena 1(3) Direktive 89/665 dopustna že, če vlagatelj zahteve prepričljivo zatrjuje svoj interes za javno naročilo, pravno kršitev in morebitno nastalo ali grozečo škodo. Če je bilo naročilo oddano brez predhodne objave obvestila o naročilu, že iz preprečevanja udeležbe vlagatelja zahteve v postopku oddaje javnega naročila izhaja, da mu je

79 – V enakem smislu Bundesverfassungsgericht (navedeno v opombi 78, odstavek-št. 26 in 29).

80 – V enakem smislu – četudi glede priznanja odškodnine – sklepní predlogi generalnega pravobranilca Geelhoeda, predstavljeni 10. oktobra 2002 v zadevi GAT (navedena v opombi 20, točka 66).

verjetno nastala škoda, razen če je njegova pomanjkljiva usposobljenost očitna.

## 2. Sedmo vprašanje

152. S svojim sedmim vprašanjem želi Bundesvergabeamt v bistvu vedeti, ali je združljivo z načeli ekvivalentnosti in učinkovitosti, če nacionalno pravo za ugotovitevni zahtevak s področja prava javnih naročil, ki je nujna predpostavka za kasnejšo odškodninsko tožbo, določa prekluzivni rok največ šest mesecev od trenutka domnevne pomoči v nasprotju s pravnimi pravili za oddajo. Bundesvergabeamt se nadalje sprašuje, ali načelo učinkovitosti zahteva, da se k omenjenemu šestmesečnem roku prištejejo morebitna časovna obdobja, v katerih v nacionalnem pravu ni bilo na voljo učinkovitega pravnega sredstva.

153. Ozadje tega vprašanja je dejstvo, da je PN svojo zahtevo po reviziji pred Bundesvergabeamt vložila šele julija 2006, sicer v roku šestih mesecev od uveljavitve novih postopkovnih določb, ki jih vsebuje člen 331 BVergG 2006, dne 1. februarja 2006, vendar po poteku šestih mesecev od spornega ravnanja iz let 2000, 2001 in 2005. Po mnenju Bundesvergabeamt se lahko neposredne oddaje (oddaje „*de-facto*“) v Avstriji „učinkovito odpravljajo“ šele od uveljavitve člena 331 BVergG 2006.

154. Direktiva 89/665 ne vsebuje izrecnih določb o rokih, ki se na podlagi člena 1 uporabljajo za revizijske postopke.

prepovedi diskriminacije<sup>83</sup>, ki zahteva, da se primerljiva dejanska stanja ne obravnavajo različno in da se različna dejanska stanja ne obravnavajo enako, razen če je takšno ravnanje objektivno utemeljeno.<sup>84</sup>

155. Izhodišče za odgovor na na Sodišču zastavljeno vprašanje tako predstavlja načelo *postopkovne avtonomije* držav članic<sup>81</sup>: V skladu z ustaljeno sodno prakso je v primeru neurejenosti na ravni prava Skupnosti določitev pristojnih organov in postopkov, ki naj bi državljanu zagotovili iz prava Skupnosti izhajajoče pravice, stvar notranjega pravnega reda posameznih držav članic, vendar pa ti postopki ne smejo biti manj ugodni kot pri ustreznih pravnih sredstvih, ki se nanašajo samo na notranje pravo (*načelo enakovrednosti oziroma ekvivalentnosti*), in ne smejo praktično onemogočati ali preveč oteževati izvajanja pravic, ki izhajajo iz pravnega reda Skupnosti (*načelo učinkovitosti*).<sup>82</sup> Obe načeli prihajata od izraza tudi v členu 1 Direktive 89/665: načelo ekvivalentnosti v odstavku 2 in načelo učinkovitosti v odstavku 1.

157. Komisija, APA in APA-OTS so v tej zvezi upravičeno opozorile na posebnost, ki je značilna za revizijski postopek na področju prava javnih naročil. Tako člen 1(1) Direktive 89/665 zahteva, da države članice zagotavljajo *po možnosti hitro revizijo* kršitev pravil oddaje javnih naročil. Tako naj bi se po eni strani zagotavljalo učinkovito sodno varstvo, po drugi strani pa naj bi se kar najhitreje zagotavljala pravna varnost. Ta cilj upravičuje, da se za zahteve za revizijo v smislu Direktive 89/665 določijo krajši roki od zastaralnih rokov, ki veljajo za odškodninske zahtevke po splošnih notranjih pravnih predpisih držav članic.

156. *Načelo ekvivalentnosti* je odslkava splošnega načela enakega obravnavanja in

158. Načelo ekvivalentnosti torej ne nasprotuje šestmesečnemu prekluzivnemu roku za zahteve revizije, kot je določen v členu 332(2) in (3) BVergG 2006, četudi je v nacionalnem

81 – Sodba *Universale-Bau* (navedena v opombi 74, točka 71); v zvezi s pojmom *postopkovne avtonomije* glej sodbe Sodišča z dne 7. januarja 2004 v zadevi *Wells* (C-201/02, Recueil, str. I-723, točka 67), z dne 4. julija 2006 v zadevi *Adeneler e.a.* (C-212/04, ZOdl., str. I-6057, točka 95) in z dne 28. junija 2007 v zadevi *Bonn Fleisch* (C-1/06, ZOdl., str. I-5609, točka 41).

82 – Sodbe Sodišča z dne 19. decembra 1968 v zadevi *Salgoil* (13/68, Recueil, str. 680, 693), z dne 16. decembra 1976 v zadevi *Rewe-Zentralfinanz* (33/76, Recueil, str. 1989, točka 5), z dne 14. decembra 1995 v zadevi *Peterbroeck* (C-312/93, Recueil, str. I-4599, točka 12), z dne 13. marca 2007 v zadevi *Unibet* (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točki 39 in 43) in z dne 7. junija 2007 v združenih zadevah *Van der Weerd* in drugi (od C-222/05 do C-225/05, ZOdl., str. I-4233, točka 28).

83 – Glej moje sklepne predloge, predstavljene 9. januarja 2008 v zadevi C-268/06; glede načela enakega obravnavanja glej ustaljeno sodno prakso, zlasti sodbe Sodišča z dne 12. septembra 2006 v zadevi *Eman in Sevinger* (C-300/04, ZOdl., str. I-8055, točka 57), z dne 3. maja 2007 v zadevi *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, ZOdl., str. I-3633, točka 56) in z dne 11. septembra 2007 v zadevi *Lindorfer/Rat* (C-227/04 P, ZOdl., str. I-6767, točka 63).

84 – V tem smislu tudi – četudi se nanaša na povračilo davščin – sodba Sodišča z dne 15. septembra 1998 v zadevi *Edis* (C-231/96, Recueil, str. I-4951, točka 37).

pravu določen daljši splošni zastaralni rok za odškodninske zahtevke.

159. Vendar je treba v zvezi z načelom učinkovitosti ugotoviti, ali prekluzivni rok, ki je določen v avstrijskem pravu za ugotovitevne zahtevke, prizadetim kasneje praktično onemogoča ali preveč otežuje uveljavljanje pravice do odškodnine v smislu člena 2(1)(c) Direktive 89/665.

160. Določitev primernih prekluzivnih rokov za vložitev pravnih sredstev načeloma ne nasprotuje zapovedi o učinkovitosti, ker pomeni uporabo temeljnega načela pravne varnosti.<sup>85</sup>

161. Primernost prekluzivnega roka je treba presojati ob upoštevanju vrste in pravnih posledic pravnega sredstva ter pravic in interesov vseh prizadetih.

85 – Ustaljena sodna praksa; glej npr. sodbo Rewe-Zentralfinanz (navedena v opombi 82, točka 5), Edis (navedena v opombi 84, točki 20 in 35) in sodbo Sodišča z dne 17. junija 2004 v zadevi Recheio – Cash & Carry (C-30/02, ZOdl., str. I-6051, točka 18); posebej glede Direktive 89/665 glej sodbo Universale-Bau (navedena v opombi 74, točka 76), sodbo Sodišča z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex (C-327/00, Recueil, str. I-1877, točka 50) in z dne 11. oktobra 2007 v zadevi Lämmerzahl (C-241/06, ZOdl., str. I-8415, točka 50).

162. Tako je za zahteve revizije, katerih cilj je, da se že sklenjene pogodbe – bodisi retroaktivno ali v prihodnje – izrečejo za neučinkovite, absolutni šestmesečni prekluzivni rok načeloma primeren.<sup>86</sup> Posebej težka pravna posledica neučinkovitosti sklenjene pogodbe namreč upravičuje določitev roka, ki teče neodvisno od tega, ali je vlagatelj zahteve vedel ali bi moral vedeti za oddajo naročila, ki je v nasprotju s pravnimi pravili za oddajo. Tako javni naročnik kot tudi njegov pogodbeni partner imata jasno potrebo po zagotavljanju pravnega varstva učinkovitosti sklenjene pogodbe, ki jo je treba varovati.

163. V zvezi s primerom, kot je obravnavani, pa je treba upoštevati, da absolutni šestmesečni prekluzivni rok, kot ga določa člen 332(2) in (3) BVergG 2006, za ugotovitevne zahtevke po členu 331(1) tega zakona ne velja samo za osebo, ki dejansko zasleduje cilj razglasitve neučinkovitosti sklenjene pogodbe, temveč tudi tistega, ki želi izpeljati nujen postopkovni korak za pripravo kasnejše odškodninske tožbe pred avstrijskimi civilnimi sodišči.

164. Če torej prizadeti šele po poteku šestih mesecev izve za škodo, ki mu je nastala na podlagi protipravne oddaje naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu (neposredna oddaja ali oddaja *de-facto*), ne more

86 – Glej k temu tudi člen 2 f(1)(b) v zvezi s členom 2 d(1) Direktive 89/665 v različici Direktive 2007/66.

več uveljavljati niti odškodninskih zahtevkov pred civilnimi sodišči, ker bi za to v skladu s členom 341(2) BVergG 2006 pred tem moral nujno vložiti ugotovitveni zahtevek, ki pa je v tem času že zastaral.

165. Tako prekluzivni rok, določen v členu 332(2) in (3) BVergG 2006, sega prek svojega področja uporabe in učinkuje tudi na kasnejše postopke, za katere po svoji strogonosti ni primeren. Javni naročnik namreč nima enake zahteve glede pravne varnosti odškodninskih zahtevkov, kot jo ima v zvezi z učinkovitostjo sklenjene pogodbe.

166. Če država članica uporabi v členu 2(2) in (5) Direktive 89/665 predvideno možnost in uveljavljanje odškodninskih zahtevkov povezuje s predhodno učinkovito izvedbo ugotovitvenega postopka, morajo biti roki, ki veljajo v tem postopku, določeni in uporabljeni tako, da praktično ne onemogočajo ali preveč otežujejo dejanskega uveljavljanja odškodninskega zahtevka.<sup>87</sup>

87 – Pomen konkretne ureditve in praktične uporabe teka rokov poudarja tudi sodba Lämmerzahl (navedena v opombi 85, točke 52, 56 in 61).

167. Načelo učinkovitosti torej zahteva, da rok za vložitev ugotovitvenega zahtevka, s katerim se vlagatelj zgolj pripravlja na uveljavljanje odškodninskih zahtevkov, ne začne teči, preden je vlagatelj zahteve izvedel za nastalo škodo ali preden bi zato moral vedeti. Če vlagatelj zahteve s takšnim ugotovitvenim zahtevkom uveljavlja tudi razglasitev ničnosti pogodbe, ki jo je sklenil javni naročnik, pa se lahko določijo strožji roki, ki začnejo teči neodvisno od seznanitve ali možnosti seznanitve z morebitno škodo.

168. Nacionalni sodnik mora notranje procesno pravo razlagati tako, da se zagotavlja spoštovanje zapovedi o učinkovitosti, ki izhaja iz Direktive 89/665 in v nujnih primerih ne sme uporabiti določbe, katere uporaba bi v konkretnem primeru predstavljala kršitev prava Skupnosti.<sup>88</sup>

169. V primeru, kot je obravnavani, v katerem gre za neposredno oddajo brez predhodne objave obvestila o naročilu, navedeno pomeni, da rok za ugotovitveni zahtevek ne sme začeti teči, preden je prizadeti vedel ali bi moral vedeti za zatrjevano kršitev pravnih pravil za oddajo, če ta zahtevek predstavlja nujno predpostavko kasnejšega odškodninskega postopka.

88 – Sodbi Santex (navedena v opombi 85, točke od 62 do 64) in Lämmerzahl (navedena v opombi 85, točki 62 in 63).

170. V svojem predložitvenem sklepu Bundesvergabeamt namiguje, da se lahko po njegovem mnenju v konkretnem primeru dejansko doseže rezultat, ki je v skladu s pravom Skupnosti, tako da se po eni strani uporabi novo pravno sredstvo iz člena 331(1) (4) BVergG 2006 za ravnanje pred njegovo uveljavitvijo in da se po drugi strani roki računajo ob upoštevanju določenih pravil splošnega civilnega prava, tako da ne začnejo teči, preden je vlagatelj zahteve izvedel za škodo, in se podaljšajo za časovna obdobja, v katerih ni bilo učinkovitega pravnega sredstva.

171. Za sedmo vprašanje v povzetku velja:

Načelo učinkovitosti zahteva, da se člen 1(1) Direktive 89/665 razlaga tako, da je za zahtevo revizije, ki je po notranjem pravu nujna predpostavka za kasnejši odškodninski postopek, določen primeren rok, ki ne sme začeti teči, preden je prizadeti izvedel za zatrjevano kršitev pravnih pravil za oddajo ali bi za to moral vedeti, in ki se podaljša za časovna obdobja, v katerih ni bilo učinkovitega pravnega sredstva. Nacionalni sodnik mora notranje procesno pravo po možnosti razlagati tako, da se doseže ta rezultat in v nujnih primerih ne sme uporabiti določbe, katere uporaba bi bila v konkretnem primeru v nasprotju s pravom Skupnosti.

## VII – Predlog

172. Ob upoštevanju zgornjih navedb Sodišču predlagam, naj na prva tri s strani avstrijskega Bundesvergabeamt preložena vprašanja odgovori tako:

1. Splošno k prvemu, drugemu in tretjemu vprašanju:

Če se pogodba, ki sodi na področje uporabe Direktive 92/50, v času trajanja vsebinsko spremeni, ni treba izvesti postopka oddaje, razen če gre za bistveno spremembo pogodbe.

2. Posebej k prvemu vprašanju:

- (a) Bistvena sprememba pogodbe ni podana, če javni naročnik soglaša, da se izvedba dela javnega naročila prenese na hčerinsko družbo izvajalca naročila, v kateri ima 100-odstotno kapitalsko udeležbo in ki jo obvladuje podobno kot lastno poslovno enoto. Navedenemu ne nasprotuje, da bi teoretično lahko izvajalec naročila kasneje deleže hčerinske družbe odsvojil tretjim.
  
- (b) Če je izvajalec naročila pravna oseba, morebitne spremembe imetnikov njegovih deležev v času trajanja pogodbe ne predstavljajo bistvene spremembe pogodbe.

3. Posebej k drugemu in tretjemu vprašanju:

- (a) Bistvena sprememba pogodbe ni podana, če se izvajajo zgolj njene tehnične prilagoditve spremenjenim zunanjim okoliščinam; k temu sodi preračunavanje plačil, prvotno izraženih v domači valuti, v eure in upoštevanje novega indeksa zavarovanja vrednosti, ki velja za enakovredni naslednji indeks do zdaj uporabljenega indeksa.

- (b) Prav tako ne gre za bistveno spremembo pogodbe, če se k časovno neomejenemu javnemu naročilu storitve sklene sporazum o tri leta veljavni prepovedi odpovedi, razen če so znaki, da bi sicer javni naročnik v času predvidenega teka prepovedi odpovedi zaradi pravnih ali gospodarskih razlogov odstopil od pogodbe.
  
- (c) Ali vsebinska sprememba plačil za del storitev predstavlja bistveno spremembo pogodbe, je odvisno od tega, kakšen vpliv ima sprememba tega vplačila na delno storitev ter na javno naročilo kot celoto.