

SODBA SODIŠČA (drugi senat)

z dne 3. marca 2005*

V združenih zadevah C-21/03 in C-34/03,

katerih predmet sta predloga za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, naslovljena na Sodišče s sklepoma Conseil d'Etat (Belgija) z dne 27. decembra 2002, ki sta ločeno prispela na Sodišče 29. in 22. januarja 2003, v postopkih

Fabricom SA

proti

državi Belgiji,

SODIŠČE (drugi senat),

v sestavi C. W. A. Timmermans, predsednik senata (poročevalec), C. Gulmann, J.-P. Puissochet, sodnika, N. Colneric, sodnica, in J. N. Cunha Rodrigues, sodnik,

generalni pravobranilec: P. Léger,
sodni tajnik: R. Grass,

* Jezik postopka: francoščina.

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Fabricom SA J. Vanden Eynde in J.-M. Wolter, odvetnika,
- za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,
- za finsko vlado T. Pynnä, zastopnica,
- za Komisijo Evropskih skupnosti K. Wiedner in B. Stromsky, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 11. novembra 2004

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predloga za sprejetje predhodne odločbe s nanašata na razlago Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih

naročil storitev (UL L 209, str. 1), kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997 (UL L 328, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 92/50) in še posebej njenega člena 3(2), Direktive Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1), kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52, (v nadaljevanju: Direktiva 93/36) in še posebej njenega člena 5(7), Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54), kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52, (v nadaljevanju: Direktiva 93/37) in še posebej njenega člena 6(6), ter Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84), kot je bila spremenjena z Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998 (UL L 101, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 93/38), še posebej njenega člena 4(2) v povezavi z načelom sorazmernosti, svobodno gospodarsko pobudo in lastninsko pravico. Enaka predloga se poleg tega nanašata na razlago Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL L 395, str. 33), še posebej njenih členov 2(1)(a) in 5, ter Direktive Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (UL L 76, str. 14), še posebej njenih členov 1 in 2.

- 2 Ta predloga sta bila vložena v okviru spora med Fabricom SA (v nadaljevanju: Fabricom) in državo Belgijo zaradi zakonitosti določenih nacionalnih določb, ki pod določenimi pogoji nasprotujejo temu, da bi oseba, ki je bila v okviru javnega naročila zadolžena za pripravljajna dejanja – oziroma z njo povezano podjetje – sodelovala pri tem naročilu.

Pravni okvir

Skupnostna ureditev

- 3 Člen VI(4) Sporazuma o vladnih javnih naročilih, priloženega Sklepu Sveta 94/800/ES z dne 22. decembra 1994 o sklenitvi sporazumov, doseženih v Urugvajskem krogu večstranskih pogajanj (1986–1994) v imenu Evropske skupnosti v zvezi z zadevami, ki so v njeni pristojnosti (UL L 336, str. 1, v nadaljevanju: sporazum o javnih naročilih), določa:

„Naročniki od družbe, ki bi pri naročilu lahko imela gospodarski interes, na način, ki bi lahko povzročil izključevanje konkurence, ne zaprosajo za nasvete, ki se lahko uporabijo pri pripravi specifikacij za določeno naročanje, in jih ne sprejemajo.“

- 4 V skladu s členom 3(2) Direktive 92/50:

„Naročniki zagotovijo, da ni diskriminacije med različnimi ponudniki storitev.“

- 5 Člen 5(7) Direktive 93/36 določa:

„Naročniki zagotovijo, da med različnimi dobavitelji blaga ni diskriminacije.“

6 Člen 6(6) Direktive 93/37 določa:

„Naročniki zagotovijo, da med različnimi gradbeniki ni diskriminacije.“

7 Člen 4(2) Direktive 93/38 določa:

„Naročniki zagotovijo, da ni diskriminacije med različnimi dobavitelji blaga, gradbeniki ali ponudniki storitev.“

8 Deseta uvodna izjava Direktive 97/52, katere besedilo je povzeto z izrazi, ki so v bistvu podobni trinajsti uvodni izjavi Direktive 98/4, določa:

„[...] naročniki lahko zaprosijo za nasvete ali jih sprejmejo in jih lahko uporabijo pri pripravi specifikacij za določeno naročanje, če tak nasvet ne izključuje konkurence.“

9 Člen 2 Direktive 89/665 določa:

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

- a) se ob prvi priložnosti in z začasnimi postopki sprejmejo začasni ukrepi, katerih cilj je, da se popravijo domnevne kršitve ali prepreči nadaljnja škoda zainteresiranim ponudnikom, vključno z ukrepi, s katerimi se začasno prekine ali zagotovi začasna prekinitev postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

[...]“

10 Člen 1 Direktive 92/13 določa:

„1. Države članice sprejmejo ukrepe, potrebne za zagotovitev učinkovitega in hitrega preverjanja odločitev naročnikov v skladu s pogoji, opredeljenimi v naslednjih členih, zlasti v členu 2(8), na podlagi tega, da je s takšnimi odločitvami bilo kršeno bodisi pravo Skupnosti na področju javnih naročil bodisi nacionalni predpisi za izvajanje tega prava, in sicer glede naslednjega:

a) postopkov oddaje javnih naročil s področja uporabe Direktive Sveta 90/531/EGS in

b) skladnosti s členom 3(2)(a) navedene direktive v primeru naročnikov, za katere se uporablja ta določba.

2. Države članice zagotovijo, da razlikovanje, ki ga ta direktiva uvaja med nacionalnimi predpisi za izvajanje prava Skupnosti in med drugimi nacionalnimi predpisi, ne povzroči diskriminacije med podjetji, ki bi utegnili v okviru postopka oddaje javnega naročila uveljavljati škodo.

3. Države članice zagotovijo, da so revizijski postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določi država članica, na voljo vsaj eni osebi, ki ima ali je imela interes za pridobitev določenega javnega naročila in kateri je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi ji lahko nastala škoda. Države članice lahko zlasti zahtevajo, da je oseba, ki zahteva revizijo, naročnika predhodno obvestila o domnevni kršitvi in o svojem namenu zahtevati revizijo.“

11 Člen 2 Direktive 92/13 določa:

„1. Države članice zagotovijo, da ukrepi sprejeti glede revizijskih postopkov iz člena 1, vključujejo določbe o pooblastilih:

bodisi

- a) zato, da bi kakor hitro mogoče in po enkratnem postopku sprejeli prehodne ukrepe za odpravo domnevne kršitve ali za preprečitev nadaljnje škode za zadevne interese, vključno z ukrepi za zadržanje ali zagotovitev zadržanja postopka oddaje javnega naročila ali izvajanja katere koli odločitve, ki jo je sprejel naročnik; in

- b) zato da bi razveljavili ali zagotovili razveljavitev nezakonito sprejetih odločitev, vključno z odpravo diskriminatornih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v obvestilu o javnem naročilu, periodičnem informativnem obvestilu, javnem razpisu za kvalifikacijo ponudnikov, povabilu k oddaji ponudbe, pogodbeni dokumentaciji ali v katerem koli drugem dokumentu v zvezi z zadevnim postopkom oddaje javnega naročila;

ali

- c) zato, da bi kakor hitro mogoče, po možnosti po enkratnem postopku in po potrebi v dokončnem postopku o zadevi, sprejeli ukrepe, ki niso predvideni v točkah (a) in (b), za odpravo vseh ugotovljenih kršitev in za preprečitev škode za zadevne interese; zlasti zato, da bi lahko izdali nalog za plačilo določene vsote, če kršitev ni bila odpravljena ali preprečena.

Države lahko to odločitev sprejmejo bodisi za vse naročnike ali za vrste naročnikov, opredeljene na podlagi objektivnih meril, pri tem pa morajo vsekakor ohraniti učinkovitost opredeljenih ukrepov, s čimer preprečijo povzročanje škode zadevnim interesom;

[...]"

Nacionalna ureditev

- 12 Člen 32 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996 o javnih naročilih za gradnje, blago in storitve in o koncesijah za javne gradnje (*Moniteur belge* z dne 9. aprila 1999, str. 11690, v nadaljevanju: kraljevi dekret z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996), določa:

„[...]“

1. Oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe za javno naročilo teh gradenj, blaga ali storitev.

2. Podjetje, ki je povezano s katerokoli osebo iz odstavka 1, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe, razen če dokaže, da iz tega razloga ne uživa neupravičene prednosti, ki bi lahko izkrivila normalne konkurenčne razmere.

V smislu tega člena za ‚povezano podjetje‘ šteje vsako podjetje, na katero lahko zaradi lastništva, kapitalske udeležbe ali pravil, ki urejajo njegovo delovanje, oseba iz odstavka 1 neposredno ali posredno izvaja prevladujoč vpliv, ali vsako podjetje, ki lahko izvaja prevladujoč vpliv na to osebo ali na katero, kakor tudi na to osebo, izvaja

prevladujoč vpliv drugo podjetje. Prevladujoč vpliv se domneva, kadar ima podjetje v nekem drugem podjetju neposredno ali posredno:

- (1) v lasti večino vpisanega kapitala podjetja ali
- (2) razpolaga z večino glasovalnih pravic, vezanih na deleže, ki jih izda podjetje, ali
- (3) lahko imenuje več kot polovico članov upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa podjetja.

Pred morebitno izključitvijo podjetja zaradi neupravičene prednosti, ki jo domnevno uživa, mora naročnik to podjetje s priporočenim pismom pozvati, naj v dvanajstih koledarskih dneh, razen če, odvisno od posameznega primera, poziv ne dopušča daljšega roka, predloži dokazila zlasti glede povezav, stopnje njegove avtonomnosti in glede vsake okoliščine, ki bi omogočala ugotovitev, da prevladujoč vpliv ne obstaja oziroma da na zadevno naročilo nima učinka.

3. Odstavka 1 in 2 se ne uporabljata za:

- (1) javna naročila, ki vključujejo obenem pripravo projekta in njegovo izvedbo;
- (2) javna naročila, ki so oddana po postopku s pogajanjem, brez objave ob začetku postopka v smislu člena 17(2) zakona.“

- 13 Besedilo člena 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996 o javnih naročilih za gradnje, blago in storitve v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (*Moniteur belge* z dne 28. aprila 1999, str. 14144, v nadaljevanju: kraljevi dekret z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996), je v bistvu podobno besedilu člena 32 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996.

Spora o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

- 14 Družba Fabricom je gradbeno podjetje, ki pogosto oddaja ponudbe za javna naročila, zlasti v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju.

Zadeva C-21/03

- 15 Z vlogo pri Conseil d'État 25. junija 1999 je družba Fabricom predlagala razveljavitev člena 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996.
- 16 Zatrjuje, da je ta določba v nasprotju zlasti z načelom enakega obravnavanja vseh ponudnikov, načelom učinkovitosti pravnega sredstva, kot ga zagotavlja Direktiva 92/13, načelom sorazmernosti, svobodno gospodarsko pobudo ter lastninsko pravico, kot je določena v členu 1 Dodatnega protokola k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisani v Rimu 4. novembra 1950.

17 Država Belgija nasprotuje tožbenim razlogom, ki jih navaja družba Fabricom.

18 Glede člena 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996, Conseil d'État navaja, da ima ta določba, v skladu s preambulo navedenega kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999 in predhodnim poročilom kralju, namen preprečiti, da bi oseba, ki želi, da bi ji bilo oddano javno naročilo, v nasprotju s svobodno konkurenco izkoristila prednost raziskave, preizkušanja, preučevanja ali razvoja gradenj, blaga ali storitev, ki zadevajo to naročilo.

19 Po mnenju Conseil d'État ta določba, na splošno in brez razlikovanja, nasprotuje temu, da bi pri naročilu sodelovale oziroma predložile ponudbe osebe, ki so zadolžene za tako raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj in, posledično, podjetje, za katero se domneva, da je s to osebo povezano. Poleg tega tej osebi, v nasprotju s tem, kar je določeno za povezano podjetje, ne daje nobene možnosti, da bi dokazala, da v okoliščinah konkretnega primera z eno izmed teh operacij ni mogla pridobiti prednosti, ki bi lahko porušila enakost med ponudniki. Ta določba naročnika izrecno ne obvezuje, da se v določenem roku izreče o dokazilih, ki jih je povezano podjetje podalo zato, da dokaže, da prevladujoč vpliv ne obstaja, oziroma da na zadevno naročilo nima učinka.

20 Ker je Conseil d'État menilo, da je za rešitev spora, ki mu je bil predložen, potrebna razlaga določenih določb direktiv s področja javnih naročil, je odločil, da prekine odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predloži ta vprašanja:

„1. Ali Direktiva 93/38 [...], zlasti v členu 4(2), in Direktiva 98/4 [...], v povezavi z načelom sorazmernosti, svobodno gospodarsko pobudo in spoštovanjem lastninske pravice, ki jo zagotavlja zlasti Dodatni protokol z dne 20. marca

1952 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, nasprotujeta temu, da oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe za javno naročilo teh gradenj, blaga ali storitev, ne da bi ji bilo omogočeno, da bi dokazala, da v okoliščinah konkretnega primera izkušnje, ki jih je pridobila, niso mogle izkriviti konkurence?

2. Ali bi bil odgovor na prejšnje vprašanje drugačen, če bi se zgoraj navedene direktive, brane v povezavi z istim načelom, svoboščino in pravico, razlagale tako, da se nanašajo samo na zasebna podjetja ali podjetja, ki so opravila odplačne storitve?

3. Ali je mogoče Direktivo 92/13 [...], zlasti v členih 1 in 2, razlagati tako, da lahko naročnik do zaključka postopka preverjanja ponudb podjetju, povezanemu z osebo, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, zavrne sodelovanje v postopku ali predložitev ponudbe, čeprav to podjetje na njegovo tozadevno vprašanje zatrjuje, da iz tega razloga ne uživa neupravičene prednosti, ki bi lahko izkrivila normalne konkurenčne razmere?“

Zadeva C-34/03

- 21 Z vlogo pri Conseil d'État 8. junija 1999 je družba Fabricom predlagala razveljavitev člena 32 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996.

22 Družba Fabricom v bistvu navaja enake tožbene razloge, kot so navedeni v zadevi C-21/03. Informacije, ki jih je glede navedenega člena 32 posredovalo Conseil d'État, pa so enake informacijam, navedenim v zadevi C-21/03 v zvezi s členom 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996.

23 V teh okoliščinah je Conseil d'État odločilo, da prekine odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predloži ta vprašanja:

- „1. Ali Direktiva 92/50 [...], zlasti v členu 3(2), Direktiva 93/36 [...], zlasti v členu 5(7), Direktiva 93/37, zlasti v členu 6(6), in Direktiva 97/52 [...], zlasti v členih 2(1)(b) in 3(1)(b), v povezavi z načelom sorazmernosti, svobodno gospodarsko pobudo in spoštovanjem lastninske pravice, ki jo zagotavlja zlasti Dodatni protokol z dne 20. marca 1952 h Konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, nasprotujejo temu, da oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe za javno naročilo teh gradenj, blaga ali storitev, ne da bi ji bilo omogočeno, da bi dokazala, da v okoliščinah konkretnega primera izkušnje, ki jih je pridobila, niso mogle izkriviti konkurence?

2. Ali bi bil odgovor na prejšnje vprašanje drugačen, če bi se zgoraj navedene direktive, brane v povezavi z istimi načelom, svoboščino in pravico, razlagale tako, da se nanašajo samo na zasebna podjetja ali podjetja, ki so opravila odplačne storitve?

3. Ali je mogoče Direktivo 89/665 [...], zlasti v členih 2(1)(a) in 5, razlagati tako, da lahko naročnik do zaključka postopka preverjanja ponudb podjetju,

povezanemu z osebo, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, zavrne sodelovanje v postopku ali predložitev ponudbe, čeprav to podjetje na njegovo tozadevno vprašanje zatrjuje, da iz tega razloga ne uživa neupravičene prednosti, ki lahko izkrivi normalne konkurenčne razmere?“

- 24 S sklepom z dne 4. marca 2003 je predsednik Sodišča za namen pisnega in ustnega postopka in zaradi izdaje odločbe združil zadevi C-21/03 in C-34/03.

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje v zadevah C-21/03 in C-34/03

- 25 S prvim vprašanjem, zastavljenim v zadevah C-21/03 in C-34/03, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali določbe prava Skupnosti, na katere se sklicuje, nasprotujejo pravilu, kot je pravilo iz člena 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996, in iz člena 32 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996, v skladu s katerim oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe za javno naročilo teh gradenj, blaga ali storitev, ne da bi ji bilo omogočeno, da bi dokazala, da v okoliščinah konkretnega primera izkušnje, ki jih je pridobila, niso mogle izkriviti konkurence (v nadaljevanju: sporno pravilo v postopku v glavni stvari).

- 26 S tem v zvezi je treba opozoriti, da je dolžnost spoštovanja načela enakega obravnavanja bistvo direktiv na področju javnih naročil, katerih namen je zlasti spodbujanje razvoja učinkovite konkurence na področjih, ki spadajo v njihova posamezna področja uporabe, in ki določajo merila za dodelitev naročil, katerih cilj je zagotavljanje take konkurence (sodba z dne 17. septembra 2002 v zadevi Concordia Bus Finland, C-513/99, Recueil, str. I-7213, točka 81 in navedena sodna praksa).
- 27 Poleg tega v skladu z ustaljeno sodno prakso načelo enakega obravnavanja zahteva, naj se primerljivi položaji ne obravnavajo različno in naj se različni položaji ne obravnavajo enako, razen če je takšna obravnava objektivno utemeljena (sodbi z dne 14. decembra 2004 v zadevi Arnold André, C-434/02, ZOdl., str. I-11825, točka 68 in navedena sodna praksa, in v zadevi Swedish Match, C-210/03, ZOdl., str. I-11893, točka 70 in navedena sodna praksa).
- 28 Oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradenj, blaga ali storitev v zvezi z javnim naročilom (v nadaljevanju: oseba, ki je opravila določena pripravljalna dela), pa glede sodelovanja v postopku oddaje tega naročila ni nujno v enakem položaju kot oseba, ki takih del ni opravila.
- 29 Po eni strani ima oseba, ki je sodelovala pri določenih pripravljalnih delih, zaradi informacij o zadevnem javnem naročilu, ki jih je lahko pridobila ob opravljanju omenjenih pripravljalnih del, resnično lahko prednost pri pripravi ponudbe. Pri pripravi svojih ponudb pa morajo imeti vsi ponudniki enake možnosti (v tem smislu glej sodbo z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji, C-87/94, Recueil, str. I-2043, točka 54).

- 30 Po drugi strani bi bila lahko omenjena oseba v položaju, ki bi lahko privedel do nasprotja interesov, in sicer tako, kot pravilno poudarja Komisija Evropskih skupnosti, da bi ta oseba, četudi tega ne bi nameravala, v primeru, da je sama ponudnik za zadevno javno naročilo, vplivala na pogoje tega javnega naročila na način, ki je zanjo ugoden. Takšen položaj bi lahko izkrivil konkurenco med ponudniki.
- 31 Iz tega razloga, ob upoštevanju takega položaja, v katerem bi lahko bila oseba, ki je opravila določena pripravljalna dela, ni mogoče sprejeti, da načelo enakega obravnavanja zahteva, naj se ta oseba obravnava na enak način kot vsi preostali ponudniki.
- 32 Družba Fabricom ter avstrijska in finska vlada pa kljub temu v bistvu zatrjujejo, da različno obravnavanje, ki je določeno z pravilom, kot je sporno pravilo v postopku v glavni stvari, ki osebi, ki je opravila določena pripravljalna dela, v vsakem primeru prepoveduje sodelovanje v postopku oddaje zadevnega javnega naročila, ni objektivno utemeljeno. Taka prepoved naj bi bila namreč nesorazmerna. Po njihovem mnenju je enako obravnavanje vseh ponudnikov ravno tako dobro zagotovljeno v primeru postopka, v katerem se v vsakem konkretnem primeru presodi, ali dejstvo, da je oseba opravila določena pripravljalna dela, tej prinaša konkurenčno prednost pred drugimi ponudniki. Takšen ukrep naj bi bil manj restriktiven za osebo, ki je opravila določena pripravljalna dela.
- 33 S tem v zvezi je treba ugotoviti, da pravilo, kot je sporno pravilo v postopku v glavni stvari, osebi, ki je opravila določena pripravljalna dela, ne daje nobene možnosti, da bi dokazala, da v njenem posebnem primeru niso podane težave, navedene v točkah 29 in 30 te sodbe.
- 34 Tako pravilo pa prekorači okvire, ki so potrebni za doseganje cilja enakega obravnavanja vseh ponudnikov.

- 35 Uporaba omenjenega pravila ima namreč lahko za posledico, da so osebe, ki so opravile določena pripravljalna dela, izključene iz postopka oddaje, ne da bi njihovo sodelovanje v tem postopku pomenilo kakršnokoli tveganje za konkurenco med ponudniki.
- 36 V teh okoliščinah je treba na prvo zastavljeno vprašanje v zadevah C-21/03 in C-34/03 odgovoriti, da Direktiva 92/50 in še posebej njen člen 3(2), Direktiva 93/36 in še posebej njen člen 5(7), Direktiva 93/37 in še posebej njen člen 6(6) ter Direktiva 93/38 in še posebej njen člen 4(2) nasprotujejo pravilu, kot je pravilo iz člena 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996, in iz člena 32 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996, v skladu s katerim oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe za javno naročilo teh gradenj, blaga ali storitev, ne da bi ji bilo omogočeno, da bi dokazala, da v okoliščinah konkretnega primera izkušnje, ki jih je pridobila, niso mogle izkriviti konkurence.

Drugo vprašanje v zadevah C-21/03 in C-34/03

- 37 Z drugim vprašanjem, zastavljenim v zadevah C-21/03 in C-34/03, predložitveno sodišče sprašuje, ali je odgovor na prvo vprašanje drugačen, če se direktive 92/50, 93/36, 93/37 in 93/38, brane v povezavi z načelom sorazmernosti, svobodno gospodarsko pobudo in lastninsko pravico, razlagajo tako, da se nanašajo samo na zasebna podjetja ali podjetja, ki so opravila odplačne storitve.

- 38 Treba je poudariti, da to vprašanje temelji na predpostavki, ki je ni mogoče sprejeti.
- 39 Navedene direktive namreč ne vsebujejo nobenega elementa, ki bi dopuščal razlago, da se, kar zadeva njihovo uporabo za podjetja, ki sodelujejo oziroma nameravajo sodelovati v postopku javnega naročila, nanašajo zgolj na zasebna podjetja ali podjetja, ki so opravila odplačne storitve. Sicer pa načelo enakega obravnavanja nasprotuje temu, da bi pravilo, kot je sporno pravilo v glavni stvari, veljalo samo za zasebna podjetja ali podjetja, ki so opravila odplačne storitve in ki so opravila določena pripravljalna dela, medtem kot to isto pravilo ne bi veljalo za podjetja, ki nimajo ene od teh lastnosti, pa so ravno tako opravila taka pripravljalna dela.
- 40 Na drugo vprašanje, zastavljeno v zadevah C-21/03 in C-34/03, torej ni treba odgovoriti.

Tretje vprašanje v zadevah C-21/03 in C-34/03

- 41 S tretjim vprašanjem, zastavljenim v zadevah C-21/03 in C-34/03, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali Direktiva 89/665 in zlasti njena člena 2(1)(a) in 5 ter Direktiva 92/13 in zlasti njena člena 1 in 2 nasprotujejo temu, da lahko naročnik do zaključka postopka preverjanja ponudb podjetju, povezanemu s katerokoli osebo, ki je opravila določena pripravljalna dela, zavrne sodelovanje v postopku ali predložitev ponudbe, čeprav to podjetje na njegovo tozadevno vprašanje zatrjuje, da iz tega razloga ne uživa neupravičene prednosti, ki bi lahko izkrivila normalne konkurenčne razmere.

- 42 S tem v zvezi je treba opozoriti, da kadar se obravnavajo podrobna postopkovna pravila za pravna sredstva, katerih namen je zagotovitev varstva pravic, ki jih pravo Skupnosti daje kandidatom in ponudnikom, ki so oškodovani z odločitvami naročnikov, ta pravila ne smejo ogroziti polnega učinka Direktive 89/665 (sodba z dne 12. decembra 2002 v zadevi *Universale-Bau* in drugi, C-470/99, Recueil, str. I-11617, točka 72).
- 43 Dalje, določbe direktiv 89/665 in 92/13, ki so namenjene varstvu ponudnikov pred samovoljnim ravnanjem naročnikov, zasledujejo cilj okrepitve obstoječih mehanizmov za zagotovitev učinkovite uporabe pravil Skupnosti na področju oddaje javnih naročil, zlasti v fazi, ko se kršitve še lahko odpravijo. Taka zaščita ne more biti učinkovita, če se ponudnik nasproti naročniku ne more sklicevati na ta pravila (sodba z dne 24. junija 2004 v zadevi *Komisija proti Avstriji*, C-212/02, neobjavljena v ZOdl., točka 20 in navedena sodna praksa).
- 44 Naročnikova možnost, da s sprejetjem odločitve glede možnosti, da bi podjetje, povezano z osebo, ki je opravila določena pripravljala dela, sodelovalo v postopku oziroma predložilo ponudbo, zavračuje do zelo pozne faze postopka, kljub temu da ta naročnik razpolaga z vsemi podatki za sprejetje te odločitve, pa temu podjetju odvzame možnost, da bi se nasproti naročniku skliceval na pravila Skupnosti na področju oddaje javnih naročil v obdobju, ki je v izključni diskreciji naročnika in ki lahko morebiti traja vse do trenutka, ko kršitev ni več mogoče učinkovito odpraviti.
- 45 Tak položaj lahko ogroža polni učinek direktiv 89/665 in 92/13, saj lahko privede do neutemeljenega odloga možnosti zainteresiranih oseb za izvrševanje pravic, ki jim jih daje pravo Skupnosti. Tak položaj je poleg tega v nasprotju s ciljem direktiv 89/665 in 92/13, in sicer zaščito ponudnikov nasproti naročniku.

- 46 Na tretje vprašanje, zastavljeno v zadevah C-21/03 in C-34/03, je torej treba odgovoriti, da Direktiva 89/665 in še posebej člena 2(1)(a) in 5 ter Direktiva 92/13 in še posebej njena člena 1 in 2 nasprotujejo temu, da lahko naročnik do zaključka postopka preverjanja ponudb podjetju, povezanemu z osebo, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, zavrne sodelovanje v postopku ali predložitev ponudbe, čeprav to podjetje na njegovo tozadevno vprašanje zatrjuje, da iz tega razloga ne uživa neupravičene prednosti, ki bi lahko izkrivila normalne konkurenčne razmere.

Stroški

- 47 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (drugi senat) razsodilo:

- 1. Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. oktobra 1997, in še posebej njen člen 3(2), Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52, in še posebej njen člen 5(7), Direktiva Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/52, in še posebej njen člen 6(6), ter Direktiva Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju, kot je bila spremenjena z**

Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998, in še posebej njen člen 4(2), nasprotujejo pravilu, kot je pravilo iz člena 26 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 10. januarja 1996 o javnih naročilih za gradnje, blago in storitve v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju, in iz člena 32 kraljevega dekreta z dne 25. marca 1999, ki spreminja kraljevi dekret z dne 8. januarja 1996 o javnih naročilih za gradnje, blago in storitve in o koncesijah za javne gradnje, v skladu s katerim oseba, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, ne sme vložiti prijave za sodelovanje ali predložiti ponudbe za javno naročilo teh gradenj, blaga ali storitev, ne da bi ji bilo omogočeno, da bi dokazala, da v okoliščinah konkretnega primera izkušnje, ki jih je pridobila, niso mogle izkriviti konkurence.

2. 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 in še posebej njena člena 2(1)(a) in 5 ter Direktiva sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem področju in še posebej njena člena 1 in 2 nasprotujejo temu, da lahko naročnik do zaključka postopka preverjanja ponudb podjetju, povezanemu z osebo, ki je bila zadolžena za raziskavo, preizkušanje, preučevanje ali razvoj gradnje, blaga ali storitve, zavrne sodelovanje v postopku ali predložitev ponudbe, čeprav to podjetje na njegovo tozadevno vprašanje zatrjuje, da iz tega razloga ne uživa neupravičene prednosti, ki bi lahko izkrivila normalne konkurenčne razmere.

Podpisi