

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

PEDRA CRUZA VILLALÓNA,
predstavljeni 14. septembra 2010¹

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Rechtbank Assen (v nadaljevanju: Rechtbank) se nanaša na razlago Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov v zvezi z uporabo revizijskih postopkov pri oddaji javnih naročil za blago in gradnje,² kakor je bila spremenjena z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992³ (v nadaljevanju: Direktiva 89/665).

pristojnost civilnih sodišč, hkrati pa določajo omejitve glede navajanja trditev in izvajanja dokazov in, nazadnje, te ukrepe določajo kot samostojne glede na postopek v glavni stvari, v katerem se dokončno vzpostavijo pravna razmerja in tako postanejo stalna.

2. Rechtbank s petimi vprašanji, od katerih je večina razdeljena na podvprašanja, predlaga Sodišču, naj odloči o dveh očitno različnih problematikah.

4. Drugič, Rechtbank sprašuje, ali v smislu člena 2(1)(c) Direktive 89/665, ko „se povrne škoda osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve“, pravo Unije določa merila za ugotovitev odgovornosti ter za ugotovitev in ovrednotenje škode.

3. Prvič, o tem, ali revizijski postopki, predpisani v Direktivi 89/665, še posebej člena 1(1) in (3) ter 2(1) in (6), nasprotujejo nacionalnim postopkovnim pravilom o začasnih ukrepih, kot so nizozemski, ki na področju javnih naročil določajo, na splošno,

5. Tako ta zadeva ponuja priložnost, da se natančno pojasnijo nekatera pravila Direktive 89/665, ki so v interesu ohranitve zakonitosti, ki jo pravo Evropske unije zahteva za področje javnih naročil.

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – UL L 395, str. 33.

3 – UL L 209, str. 1.

I – Dejansko stanje

6. S ciljem, da bi v občini Emmen obnovili dvizna mostova na plovnem odseku mreže kanalov Erica-Ter, se je vlada pokrajine Drenthe (v nadaljevanju: pokrajina) odločila za javni razpis za oddajo naročila za gradnje, ki je bil objavljen v *Uradnem listu Evropske unije* 18. julija 2007.⁴

7. Evropska unija je projektu dodelila subvencijo, če se dela dokončajo v določenem roku, ki se je iztekel 1. julija 2008.

8. Ponudbe so predložili štirje ponudniki, najnižjo ceno je vsebovala ponudba podjetja Machinefabriek Emmen B.V (v nadaljevanju: MFE), na drugem mestu pa je bilo podjetje Combinatie Spijker Infrabouw (v nadaljevanju: Combinatie).

9. Pokrajina je 2. oktobra 2007 obvestila podjetje Combinatie, da namerava oddati naročilo podjetju MFE, ker je ponudilo najnižjo ceno.

10. Podjetje Combinatie je 18. oktobra 2007 odgovorilo na odločitev o oddaji in od sodišča, pristojnega za izdajo začasnih ukrepov – Rechtbank Assen (v nadaljevanju: sodišče, pristojno za izdajo začasnih ukrepov) –, zahtevalo, naj ugotovi, da ponudba, ki

jo je predložilo podjetje MFE, ni bila veljavna, zato je podjetje Combinatie tisto, ki je ponudilo najnižjo ceno, in naj bo naročilo oddano njemu, če bi pokrajina nadaljevala postopek oddaje.

11. Vendar pa je pokrajina 1. novembra 2007, ko je postopek za izdajo začasnih ukrepov še potekal, vse ponudnike obvestila o razveljavitvi javnega naročila zaradi bistvenih kršitev postopka,⁵ s tem pa je tudi razveljavila svojo odločitev o oddaji, ki je bila vročena 2. oktobra 2007.

12. Kljub temu podjetje Combinatie ni umaknilo zahteve za izdajo začasnih ukrepov. Po drugi strani pa je podjetje MFE, prvi izbrani ponudnik, 9. novembra 2007 pri sodišču, pristojnem za izdajo začasnih ukrepov, vztrajalo, naj se mu naročilo odda. Pokrajina je na obravnavi zatrdila, da ni želela oddati naročila nobenemu od ponudnikov.

13. Sodišče, pristojno za izdajo začasnih ukrepov, je 28. novembra 2007 sprejelo sklep – začasno izvršljiv –, katerega odločilni

⁴ – Za namene nacionalnega upravnega spisa je bilo naročilo označeno kot projekt 1382.

⁵ – Po mnenju pokrajine so bile glavne napake v vsebinskih spremembah meril, ki so se nanašale na sposobnost, izkušnje in obseg poslovanja ponudnikov, sprejete pa so bile med postopkom. Podjetje Combinatie je bilo tudi obveščeno, da so po podrobnem pregledu ponudbe podjetja MFE prišli do sklepa, da se mu naročilo ne bi moglo oddati, zato se je ponujala možnost ponovitve razpisnega postopka.

del za to zadevo, se glasi: ob upoštevanju, da je „pokrajina 2. oktobra 2007 z dopisom obvestila, da je želela oddati naročilo podjetju Machinefabriek Emmem, in če se v roku 15 dni ne bi začel postopek za izdajo začasnih ukrepov, pokrajina ne bi mogla v tej fazi razpisnega postopka in v skladu z načeli enakega obravnavanja, legitimnih pričakovanj in dobre vere v predpogodbeni fazi oddati naročila v drugem razpisnem postopku za isti predmet osebi, ki ni tista, ki je imela pravico do oddaje naročila na osnovi prvega razpisnega postopka“,⁶ kar za izrek sklepa pomeni „pre-poved dodelitve naročila tretjemu, ki ni podjetje Machinefabriek“.

14. Čez pet dni, 3. decembra 2007, je pokrajina oddala naročilo podjetju MFE.

15. Podjetje Combinatie je 11. decembra 2007 vložilo pritožbo pri Gerechtshof Leeuwaarden, v kateri je zahtevalo, naj se odloži izvršitev sklepa sodišča, pristojnega za izdajo začasnih ukrepov.

16. Gerechtshof Leeuwaarden je 30. januarja 2008 z vmesno sodbo zavrnilo zahtevo za odložitev, z utemeljitvijo, da je imelo podjetje MFE upravičen interes, da se izvrši sklep, ki ga je sprejelo sodišče, pristojno za izdajo začasnih ukrepov. Čeprav bi se lahko pritožba

obravnavala tudi zaradi drugih predlogov zato, da razveljavi ali potrdi sklep sodišča za uvedbo začasnih ukrepov,⁷ je podjetje Combinatie zahtevo umaknilo.

17. Nato je podjetje Combinatie vložilo tožbo proti pokrajini pri Rechtbank, v kateri je zdaj zahtevalo nadomestilo za škodo, nastalo zaradi razpleta javnega naročila gradnje. Pokrajina je sodni poziv prejela 29. februarja 2008. Rechtbank je 22. decembra 2008 postavilo vprašanja za predhodno odločanje.

II – Vprašanja za predhodno odločanje

18. Rechtbank je v predložitveni odločbi že vnaprej predvidelo, kar se bo pokazalo še za zelo pomembno, da je bila odločitev pokrajine o umiku odločitve o oddaji naročila z dne 2. oktobra 2007 in ponovitvi razpisnega postopka, po njegovi presoji, edina spoštljiva možnost in da je bilo pravo javnih naročil pravilno uporabljeno.

19. Na podlagi te domneve je navedeno sodišče prekinilo postopek odločanja in v skladu

6 – Točka 4.13 obrazložitve sklepa z dne 27. novembra 2007.

7 – Obravnava je bila določena za 13. februar 2008.

s členom 267 PDEU Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

1. (d) Ali je v zvezi s tem pomemben odgovor na drugo vprašanje?
- „1. (a) Ali je treba člena 1(1) in (3) ter 2(1) in (6) Direktive 89/665/EGS razlagati tako, da se ta člena kršita, če je pravno varstvo, ki ga mora zagotoviti nacionalno sodišče v sporih s področja javnih naročil v okviru evropskega prava, oteženo s tem, da so lahko v pravnem redu, v katerem sta lahko tako upravno kot civilno sodišče pristojni za enake odločitve in njihove posledice, sprejete nasprotujoče si odločitve?
2. (a) Ali je treba člena 1(1) in (3) ter 2(1) in (6) Direktive 89/665/EGS razlagati tako, da nasprotujeta ureditvi, kadar je hitro odločitev mogoče doseči samo v enem postopku, za katerega je značilno, da je v osnovi usmerjen v hiter ukrep za vzdrževanje reda, da ni pravice do izmenjave stališč prek odvetnikov, da so dokazna sredstva načeloma le pisna in da se zakonska dokazna pravila ne uporabljajo?
1. (b) Ali je v zvezi s tem dopustno, da je upravno sodišče omejeno na presojanje in odločanje glede odločitev o oddaji naročil, in če je, zakaj in/ali pod katerimi pogoji?
2. (b) Če ni tako, ali velja to tudi, kadar sodna odločba ne vodi do dokončne določitve pravnih razmerij in tudi ne pomeni del postopka za sprejetje odločitev, s katerimi se dokončno določijo ta razmerja?
1. (c) Ali je v zvezi s tem dopustno, da Algemene wet bestuursrecht (splošni zakon o upravnem postopku), ki na splošno ureja dostop do upravnega sodišča, izključuje tožbo, kadar gre za odločitve o sklenitvi pogodbe s strani naročnika z enim od ponudnikov, in če je tako, zakaj in/ali pod katerimi pogoji?
2. (c) Ali je pri tem pomembno, da sodna odločba zavezuje samo procesni stranki, čeprav lahko obstajajo tudi drugi s pravnim interesom?
3. Ali je združljivo z Direktivo 89/665/EGS, da sodišče, pristojno za izdajo začasnih

ukrepov, naročniku naloži sprejetje odločitve o oddaji, kar se pozneje v postopku v glavni stvari razglasi za nezdružljivo z evropskimi predpisi o javnih naročilih?

III – Postopek pred Sodiščem

20. Predložitveni sklep je bil v sodnem tajništvu Sodišča vložen 22. decembra 2008.

4. (a) Če je odgovor na to vprašanje nika-len: Ali je treba šteti, da naročnik za to odgovarja, in če je tako, v kakšnem smislu?

21. Podjetje Combinatie, pokrajina, nizo-zemska vlada in Komisija so pisna stališča predložili v roku, določenemu v členu 23 Statuta Sodišča.

4. (b) Ali to velja tudi, če je odgovor na vprašanje pritrdilen?

4. c) Če bi moral naročnik plačati odško-dnino, ali pravo Skupnosti določa merila, na podlagi katerih je treba ugotoviti in ovrednotiti škodo, in če je tako, katera so ta merila?

22. Na obči seji Sodišča, ki je potekala 1. decembra 2009, je Sodišče v skladu s čle-nom 104(5) Poslovnika Sodišča sklenilo, da zaprosi Rechtbank za več pojasnil o finančni vrednosti javnega naročila, ki ga je razpisa-la pokrajina. V odgovoru, ki je bil v sodnem tajništvu Sodišča vložen 2. februarja 2010, je Rechtbank pojasnilo, da pomeni javno naročilo del obsežnejših gradbenih del, ki se nanašajo na plovno povezavo Erica-Ter Appel, katere celotna vrednost je ocenjena na 6.100.000 EUR brez DDV.

4. (d) Če naročnika ni mogoče obravnavati kot odgovornega, ali je glede na pra-vo Skupnosti mogoče določiti drugo osebo, ki je odgovorna, in kakšna je pravna podlaga za to?

5. Če na podlagi nacionalnega prava in/ali na podlagi odgovorov na zgornja vprašanja uveljavljanje odškodninske odgovornosti dejansko ni mogoče ali je izjemno tež-ko, kaj mora potem narediti nacionalno sodišče?“

23. Zadeva je bila ponovno obravnavana na obči seji 23. marca 2010, na kateri je bilo sklenjeno, da se pisno oblikuje več vprašanj o vprašanjih za predhodno odločanje, ki se nanašajo na izvrševanje začasnih ukrepov v nizozemskem pravu, na možnosti, ki jih to pravo daje za razveljavitev razpisa, kot tudi na možnosti, ki jih je imela pokrajina po izdaji sklepa o začasnem ukrepu.

24. Zadnji odgovori, prevedeni v francoščino, so bili prejeti 7. junija 2010, in ker nobena od strank ni predlagala začetka ustnega postopka, je treba predstaviti sklepne predloge.

5.278.000 evrov za javna naročila gradenj.⁴⁹

IV – Pravo, ki se uporabi

2. Direktiva 89/665

A – Pravo Unije

1. Direktiva 2004/18/ES⁸

25. Člen 7(c) določa vrednostni prag javnih naročil gradenj:

26. V skladu s členom 1(1) Direktive 89/665 „države članice sprejmejo potrebne ukrepe za zagotovitev, da se glede na postopke oddaje javnih naročil, ki sodijo na področje uporabe direktiv 71/305/EGS in 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 in zlasti v členu 2(7) 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

„Ta direktiva se mora uporabljati za javna naročila, ki niso izključena [...] in katerih vrednost je brez davka na dodano vrednost (DDV) enaka ali večja od naslednjih pragov:

[...]

8 – Direktiva 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).

9 – Ta znesek, ki je bil veljaven na dan, na kateri je bil objavljen razpis, je bil določen v Uredbi Komisije (ES) 2083/2005 z dne 19. decembra 2005 o spremembah direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 2004/17/ES in 2004/18/ES glede njihovih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil (UL L 333, str. 28).

10 – Določba, napisana v skladu s členom 41 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1). V skladu s členom 33 Direktive Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1) in s členom 36 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj (UL L 199, str. 54), kot tudi s členom 82(2) Direktive 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), in v skladu s primerjalnimi tabelami, ki so priložene navedenim direktivam; sklicevanja na direktive 71/305/EGS, 77/62/EGS in 92/50/EGS v členu 1(1) Direktive 89/665 pa se razumejo kot sklicevanja na Direktivo 2004/18.

27. Člen 1(3) določa:

„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 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.“

- b) se razveljavi ali zagotovi, da se razveljavijo nezakonito sprejete odločitve, vključno z odpravo diskriminacijskih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila;
- c) se povrne škoda osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

[...]

28. Odstavki 1, 5 in 6 člena 2 določajo:

„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 sprejmejočasni 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 prekinitve postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

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

6. Učinke izvajanja pooblastil, navedenih v odstavku 1, na pogodbo, ki se sklene po oddaji, določi nacionalna zakonodaja.

Poleg tega lahko država članica določi, razen v primeru, ko je treba odločitev, še pred določitvijo odškodnine, razveljaviti, da se po sklenitvi pogodbe, ki sledi oddaji javnega naročila, omejijo pooblastila organa, ki je odgovoren za

revizijske postopke, na določanje odškodnine osebi, oškodovani zaradi kršitve.

menila, da nacionalna zakonodaja izpolnjuje vse zahteve, določene z navedeno direktivo.¹²

[...]“

3. Člen 2(7) Direktive 92/13/EGS¹¹

29. „Kadar se uveljavlja nadomestilo škode v zvezi s stroški pripravljanja ponudbe ali udeležbe v postopku oddaje javnega naročila, se od osebe, ki nadomestilo uveljavlja, zahteva le, da dokaže kršitev prava Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalnih predpisov, s katerimi se to pravo izvaja, da bi imela resnično možnost pridobiti naročilo in da je kršitev negativno vplivala na to možnost.“

31. Posebnost ureditve tega področja na Nizozemskem izhaja iz dejstva, da zasebno pravo¹³ ureja oddajo javnega naročila in da se predhodne odločitve upravnih organov v okviru razpisnega postopka¹⁴ obravnavajo le kot pripravljalni akti za zasebnopravni akt.

32. Tako imajo na Nizozemskem civilna sodišča¹⁵ izključno pristojnost za reševanje sporov na področju oddaje javnih naročil glede odločanja o začasnih ukrepih in glede postopka v glavni stvari, ki je omejen na pridobitev odškodnine za povzročeno škodo.

B – Nizozemska pravo

30. Nizozemska ni sprejela posebnih ukrepov za prenos Direktive 89/665/EGS, ker je

11 – Direktiva Sveta 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).

12 – Uvodne izjave v zakonu Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, een kaderwet voor de implementatie van communautaire aanbestedingsregels [okvirni zakon o uporabi predpisov Skupnosti za javna naročila, v nadaljevanju: Raamwet] potrjujejo to razumevanje z navedbo, da za „izvajanje [Direktive 89/665/EGS] niso potrebne spremembe predpisov. [...] Pravna sredstva, ki morajo biti na voljo zainteresiranim v skladu z Direktivo, so že vsebovana v nizozemskem pravnem redu“.

13 – Tako izhaja iz sodne prakse Raad van State [državnega sveta].

14 – Med njimi odločitev o oddaji naročila določenemu ponudniku.

15 – V skladu z zakonom Raamwet in s členom 8(3) zakona Algemene Wet Bestuursrecht (v nadaljevanju: splošni zakon o upravnem pravu) pri (upravnem) sodišču ni mogoče vložiti tožbe proti pripravljalnim aktom, ki jih je prej sprejel javni organ za pripravo zasebnopravnega akta.

33. Upravna sodišča¹⁶ nimajo nobene pristojnosti, razen če poseben zakon določa drugače.¹⁷

ni razvidna vsota načrtovanega naročila gradenj, kar zahteva vnaprejšnjo razjasnitev.

34. Členi od 254 do 260 Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (nizozemskega zakona o pravnem postopku, v nadaljevanju: zakon o pravnem postopku) urejajo postopek za izdajo začasnega ukrepa, ki je omejen na nujne primere, zato mora biti hiter in v celoti prevladuje nad ustnostjo, spremljajo pa ga posebna pravila dokazovanja, ki so drugačna od pravil v običajnem postopku.

36. Predpogoj za uporabo Direktive 89/665 v obravnavani zadevi je, da razpis pokrajine presega najnižji finančni prag, določen z Direktivo 2004/18, ki je v tistem času za javna naročila gradenj znašal 5.278.000 EUR, kot sem pojasnil že prej.

V – Vprašanja glede dopustnosti

37. Po drugi strani mora v skladu s členom 9 Direktive 2004/18 izračun ocenjene vrednosti javnega naročila temeljiti na celotnem plačljivem znesku brez DDV, kot ga je ocenil naročnik (odstavek 1), ne da bi se smel ločiti kateri projekt gradnje, „da bi se izognili uporabi te direktive“ (odstavek 3). Če iz predlagane gradnje lahko izhaja naročilo, ki se oddaja sočasno v ločenih sklopih, „se upošteva celotna ocenjena vrednost vseh teh sklopov“ [odstavek 5(a)].

A – Predhodno vprašanje: finančna vrednost projekta

35. Komisija in nizozemska vlada v stališčih navajata, da iz predložitvenega sklepa

38. Gleda na pojasnila, ki jih je posredovalo Rechtbank, so gradnje, ki so predmet glavnega razpisa, del obsežnega projekta, katerega namen je izgradnja mednarodne, plovne turistične povezavo med Nemčijo in Nizozemsko. Ta dela so bila razvrščena v različne faze, vendar s funkcionalnega vidika sledijo istemu cilju, zato jih v skladu z navedenimi določbami v zvezi z njihovim ovrednotenjem ne smemo izvzeti iz celotnega projekta. Zato kot trdi predložitveno sodišče, in če upoštevamo, da je pristojni organ, zadolžen za izvedbo, določil stroške, za katere se lahko dobi subvencija

16 – Niti za predhodne odločitve naročnikov, kot je odločitev o oddaji naročila.

17 – Kot pojasnjuje nizozemska vlada v stališčih ima lahko upravno sodišče pristojnost v izjemnih primerih, v katerih mu zakon določi pristojnost, kot je to pri oddaji koncesije na podlagi Wet Personenvervoer de 2000 [zakon o prevozu oseb iz leta 2000].

na 6.100.000 EUR, je jasno, da znesek vrednosti vseh projektov močno presega referenčni finančni prag.

v prvem vprašanju navede več podvprašanj, ki niso v zvezi (ali so v daljni zvezi) s pravo naravo postopka niti ne s postopkom v glavni stvari, ki poteka pri tem sodišču, zato lahko to vprašanje označimo za nedopustno.¹⁸

39. Zaradi finančne vrednosti se za javno naročilo gradenj, ki obsegajo obnovitev dveh dviznih mostov na plovnem odseku mreže kanalov Erica-Ter Apel, uporablja Direktiva 2004/18 in zato se zanj uporabljajo jamstva za pravna sredstva, ki jih določa Direktiva 89/665.

B – Hipotetičnost prvega vprašanja

40. Rechtbank je Sodišču predložilo podroben sklop vprašanj, med katerimi je prvo, kot bomo videli pozneje in je očitno, hipotetično in zato ni dopustno.

41. Najprej je treba opozoriti, da je spor pred nacionalnim sodiščem, iz katerega izhaja vprašanje za predhodno odločanje, civilni postopek, katerega predmet je odškodninski zahtevek zaradi oddaje javnega naročila, ki ni bilo v skladu z zakonom in ga na Nizozemskem ureja, kot sem že navedel, zasebno pravo. Ne glede na to, Rechtbank

42. Rechtbank namreč izhaja iz domneve [v točki (a) prvega vprašanja], da bi lahko prišlo do kršitve nekaterih določb Direktive 89/665, če se oteži (kar vključuje kot vrednostno presojo v samo vprašanje) pravno varstvo, kar je posledica tega, da nizozemsko pravo dopušča civilnim in upravnim sodiščem „vzporedno sprejetje nasprotujočih si odločitev“. V naslednjih treh točkah prvega vprašanja Rechtbank vztraja pri bistvu omenjene domneve, kot dokazuje uvodni izraz „v zvezi s tem“, ki ga uporabi na začetku teh točk in se sprašuje, prvič, ali je dopustno, da je upravno sodišče omejeno na presojanje in odločanje glede odločitev o oddaji naročil [v točki (b)], in drugič, ali je dopustno, da splošni zakon o upravnem postopku izključuje tožbo, kadar gre za

18 – Sodbe Sodišča z dne 4. oktobra 2007 v zadevi Rampion in Godard (C-429/05, ZOdl., str. I-8017, točki 23 in 24); z dne 11. decembra 2008 v zadevi MIVER in Antonelli (C-387/07, ZOdl., str. I-9597, točka 15); z dne 10. septembra 2009 v zadevi Eurawasser (C-206/08, ZOdl., str. I-8377, točki 33 in 34) in z dne 19. novembra 2009 v zadevi Fikiplak (C-314/08, ZOdl., str. I-11049, točke od 40 do 42).

odločitve o oddaji naročila [v točki (c)],¹⁹ in nazadnje, želi vedeti [že v točki (d)], ali je lahko pomen odgovorov na prvo vprašanje pogojen s tem, da bi lahko na podlagi vprašanja Sodišče ugotovilo morebitno kršitev prava Unije zaradi načina, na katerega nizozemski pravni sistem urejačasne ukrepe.

43. Nedvomno so vsa podvprašanja prvega vprašanja hipotetična. Dovolj je, če v zvezi s tem navedem, da vsa sodišča, ki so posredovala v postopku od takrat naprej, ko je bil spor na predlog podjetja Combinatie sprožen, torej, tako sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa, kot Gerechtshof Leeuwarden (prvi civilni senat kot pritožbeno sodišče) in tudi Rechtbank (predložitveno sodišče, ki odloča o odškodninskemu zahtevku), del civilne jurisdikcije.

44. Čeprav se lahko, kot navajajo stranke v zvezi z nizozemsko zakonodajo,²⁰ sočasno odločanje civilnega in upravnega sodišča predstavi kot izjema, v tem primeru ni bilo

tako, na podlagi sklepa Rechtbank bi lahko sklepali prav nasprotno. Sklep v danem primeru ne omenja intervencije upravnega sodišča, kajti ubeseditve točke (a) prvega vprašanja, ko se nanaša na dejstvo, da „sta lahko pristojni“, izraža le hipotezo; prav tako ne identificira „iste odločitve“, za katero sta lahko pristojni obe sodišči; različna sta tudi predmeta pravnih sredstev, o katerih odločata sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa (odločitev o oddaji naročila podjetju MEF), in Rechtbank, ki sodi le o odškodninskem zahtevku, kar mi dovoljuje sklepati, da v tem primeru ni bilo nasprotujočih si odločitev glede iste odločitve, ker sta bila izpodbija na predmeta in predloga vsebinsko drugačna.

19 – Točki (b) in (c) prvega vprašanja kažeta določeno kontradikcijo, kajti če se točka (b) nanaša na to, da je „upravno sodišče omejeno na presojanje in odločanje glede odločitev o oddaji naročil“, je v točki (c) navedeno, da splošni zakon o upravnem pravu izključuje „tožbo, kadar gre za odločitve o sklenitvi pogodbe s strani naročnika z enim od ponudnikov“.

20 – Na Nizozemskem upravno sodišče ni pristojno za javna naročila. Izvaja le nadzor nad določenimi javnimi koncesijami, tipična upravna zadeva, zelo razširjena na področju javnega dobra. Ta izjema je določena že v obrazložitvah splošnega zakona o upravnem pravu, nizozemska vlada pa jo še dodatno poudarja, ko nasprotuje razdelitvi pristojnosti med sodnima organoma, saj želi preprečiti nezaželene spore.

45. Po mojem mnenju je treba prvo vprašanje zavreči kot nedopustno, ker v odločanje v tej zadevi ni posegalo upravno sodišče, na kar se navezujejo podvprašanja prvega vprašanja, in ker člen 267 PDEU ne dopušča Sodišču,

da izraža mnenje o splošnih ali hipotetičnih vprašanjih.²¹

zakonska dokazna pravila ne uporabljajo, poleg tega sodna odločitev, s katero se sprejmejo ti ukrepi, ne pomeni dokončne določitve pravnih razmerij in ne učinkuje *erga omnes*, saj je zavezujoča le za procesne stranke (*inter partes*).

VI – Vsebinska presoja

46. Presojanje preostalih štirih vprašanj, ki jih je postavilo Rechtbank, kljub nekaterim nejasnostim glede njihovega pomena, se lahko razvrsti z upoštevanjem treh vidikov, da bi jih lahko obravnavali v zvezi z Direktivo 89/665: A – ureditev začasnega sodnega varstva, B – neobstoj meritornega sodnega varstva, ki ni postopek za dodelitev odškodnine, in C – ugotovitev odgovornosti in z njo povezana odškodnina za škodo.

A – Ureditev začasnega sodnega varstva: odgovor na drugo vprašanje

47. Na splošno Rechtbank v drugem vprašanju sprašuje, ali je v skladu s členoma 1(1) in (3) ter 2(1) in (6) Direktive 89/665 skrajšani postopek za izdajo začasnega ukrepa, ki je avtonomen od morebitnega postopka v glavni stvari in je usmerjen v hitro sprejetje začasnega ukrepa, pri tem ne predvideva ustne izmenjave stališč, sprejema le pisne dokaze in se

48. Morda predložitveno sodišče zaradi teže, ki jo nizozemski pravni red pripisuje začasnemu ukrepom, česar se zaveda, dvomi v postopkovne določbe sistema začasnih ukrepov z vidika prava Unije, izključno zaradi razlogov, ki so opisani v prejšnji točki.

49. Najprej je treba poudariti, da Direktiva 89/665 pušča državam članicam veliko svobode glede izbire pristojnega sodnega organa, pred katerim se uveljavljajo postopkovna jamstva, ki jih priznava, kot tudi glede postopkovnih določb.

50. Nacionalni pravni red vsake države članice je tisti, v katerem se, če na nekem področju ni predpisov Unije, določi postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo

²¹ – Sodba Sodišča z dne 16. decembra 1981 v zadevi Foglia (244/80, Recueil, str. 3045, točka 18).

varovanje pravic, ki jih posameznikom²² zagotavlja pravo Unije, vedno z omejitvami, ki zahtevajo, da varovanje teh pravic upošteva načeli učinkovitosti²³ in enakovrednosti²⁴.

zakonodaje držav članic, med drugim si prizadeva, da bi se začasni ukrepi sprejemali „ob prvi priložnosti in z začasnimi postopki“.²⁶

51. Poudariti moram, da je edino merilo primerjave, ki ga poda Rechtbank, tisto iz Direktive 89/665, ki v tem smislu nič ne določa, zato ni vzroka za očitke, kajti predložitevna odločba ne opiše, v kolikšni meri imajo posebne postopkovne določbe negativne posledice za temeljne pravice posameznikov, še posebej za učinkovitost sodnega varstva, posledice, ki so v nekaterih primerih nastale zaradi kršitve načel enakovrednosti in učinkovitosti.

53. Drugič, točka (b) drugega vprašanja potrjuje okoliščino, da „sodna odločba [, s katero se sprejmejo začasni ukrepi,] ne pomeni del postopka za sprejetje odločitev, s katerimi se dokončno določijo ta [pravna] razmerja“.

52. Še več, ne da bi se posvetili podrobno-stim glede dokazovanja, je glede na način, na katerega je določeno načelo kontradiktornosti med strankama, ali glede na učinke začasnih ukrepov,²⁵ razumljivo, da je postopek izdaje začasnih ukrepov zaradi svojega namena in narave drugačen od običajnega postopka, poleg tega Direktiva 89/665 spodbuja hitro izdajo začasnih ukrepov. Direktiva usklajuje

54. Ta okoliščina se navezuje na avtonomnost postopka za izdajo začasnih ukrepov v kontekstu nizozemske sistematike pravnih sredstev, ki ji z vidika evropskega prava javnih naročil ni mogoče ničesar očitati, saj gre za zahtevo sodne prakse, ki to pravo razlaga. Prav zato, ker se postopek izdaje začasnih ukrepov obravnava le kot ena od stopenj

22 – Sodbe Sodišča z dne 16. decembra 1976 v zadevi Rewe (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, točka 39); 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) in z dne 15. aprila 2008 v zadevi Impact (C-268/06, ZOdl., str. I-2483, točka 44).

23 – Zgoraj navedena sodba Peterbroeck, točka 14, in sodba z dne 3. septembra 2009 v zadevi Fallimento Olimpiclub (C-2/08, ZOdl., str. I-7501, točka 27).

24 – Sodbe Sodišča z dne 15. septembra 1998 v zadevi Deis (C-231/96, Recueil, str. I-4951, točka 36); z dne 1. decembra 1998 v zadevi Levez (C-326/96, Recueil, str. I-7835, točka 41) in z dne 19. septembra 2006 v združenih zadevah i-21 Germany in Arcor (C-392/04 in C-422/04, ZOdl., str. I-8559, točka 62).

25 – To so vidiki, o katerih se Sodišče ne sme izreči *in abstracto*.

26 – Člen 2(1)(a). Moj poudarek. Poleg tega člen 2(4) Direktive 89/665 državi članici dovoljuje, da lahko, ko naj bi odobrila te ukrepe, upošteva „posledice ukrepov za vse interese, ki so lahko oškodovani, pa tudi javni interes, in se lahko odločijo, da teh ukrepov ne sprejmejo, če so negativne posledice začasne prekinitve večje od koristi.“ V isti točki je celo pojasnjeno, da „odločitev, da se začasni ukrepi ne sprejmejo, pa ne posega v druge zahtevke osebe, ki zahteva te ukrepe“, ne določa postopka, v katerem se sprejmejo.

postopka za meritorno odločitev, namesto da bi se obravnaval kot avtonomni postopek, je Sodišče ugodilo nekaterim tožbam zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jih je vložila Komisija.²⁷

pravice do izmenjave stališč prek odvetnikov, da so dokazna sredstva praviloma le pisna in da se zakonska dokazna pravila ne uporabljajo [točka (a)], in to neodvisno od tega, da sodna odločba ne vodi do dokončne določitve pravnih razmerij in tudi ne pomeni del postopka za sprejetje odločitev, s katerimi se dokončno določijo ta razmerja [točka (b)], ali da zavezuje samo stranki postopka [točka (c)].

55. Tudi dejstvo, da se ukrepi izdajo kot preventivni, izraža začasnost, ki je ponazorjena v členu 2(1)(a) Direktive, v delu, ki se nanaša na *začasne ukrepe*,²⁸ kar v bistvu pomeni, da pravna razmerja, na katera se nanašajo, niso dokončna.

B – Kolizija med postopkom za izdajo začasnega ukrepa in običajnim postopkom: odgovor na tretje vprašanje

56. Nekateri od teh značilnosti, ki jih nacionalno sodišče v drugem vprašanju opiše skoraj kot patologije, se v bistvu kažejo celo kot konstitutivni elementi začasnih ukrepov.

1. Uvodni preudarki

57. Zaradi tega predlagam, naj Sodišče na drugo vprašanje odgovori, da če ni bilo dokazano, da se krši učinkovitost prava Unije, člena 1(1) in (3) ter 2(1) in (6) Direktive 89/665 ne nasprotujeta nacionalni zakonodaji, v skladu s katero za izdajo začasnih ukrepov obstaja samo en postopek, za katerega je značilno, da je usmerjen v hitro izdajo ukrepa, da ni

58. V tretjem vprašanju naj se Sodišče izreče o tem, ali je združljivo z Direktivo 89/665, da sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa, naročniku naloži sprejetje odločitve o oddaji, ki se pozneje v postopku v glavni stvari razglasi za nezdružljivo z evropskimi predpisi o javnih naročilih.

²⁷ – Na primer, v sodbah z dne 19. septembra 1996 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-236/95, Recueil, str. I-4459, točka 11) in z dne 15. maja 2003 v zadevi Komisija proti Španiji (C-214/00, Recueil, str. I-4667, točka 98), iz katerih izhaja, da se morajo začasni ukrepi sprejeti neodvisno od katerega koli predhodnega dejanja.

²⁸ – Moj poudarek.

59. Intervenienti pri tem vprašanju za predhodno odločanje, razen pokrajine, trdijo, da

začasna odredba z dne 28. novembra 2007 pravzaprav ne obvezuje pokrajine, da mora oddati naročilo podjetju MFE, menijo namreč, da se je Rechtbank v izreku oprlo na napačno domnevo, zato je treba vprašanje popraviti.²⁹

60. V tem vprašanju za predhodno odločanje bi ravnanje, ki ga predlagata Komisija in Nizozemska, pomenilo tveganje, da bi izkripljenje pomena, ki ga je želelo s tem vprašanjem doseči predložitveno sodišče, ki se želi poglobiti v to, kar sem poimenoval kolizija med postopkom za izdajo začasnega ukrepa in postopkom v glavni stvari.

61. Člen 267 PDEU temelji na jasni ločitvi analog med nacionalnimi sodišči in Sodiščem, pri čemer je slednje pristojno le za odločanje o razlagi ali veljavnosti norme prava Unije na podlagi dejstev, ki jih navede nacionalno sodišče, pristojno za ugotavljanje dejstev, ki so

pripeljali do spora, in mora izluščiti posledice za odločbo, ki jo sprejme.³⁰

62. Zato po mojem mnenju Sodišče s svojo presojo ne more nadomestiti presoje Rechtbank, kar bi storilo, če bi popravilo vprašanje, ker bi menilo, da je v predložitveni odločbi prišlo do napake pri razlagi prej izdane sodne odločbe,³¹ ki izvira iz njegove sfere (kot je sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa). Nasprotno, omejiti se mora na posredovanje uporabnega odgovora in upoštevati vse elemente dejanskega stanja v zadevi.³²

2. Razhajanje pri merilih med postopkom izdaje začasnega ukrepa in postopkom v glavni stvari

63. Rechtbank, v nasprotju s tem, kar je po njegovem mnenju odločilo sodišče, pristojno za izdajo začasnih odredb, v točki 4.18 obrazložitev sklepa presodi, da je „odločitev pokrajine, da umakne odločitev o oddaji naročila z dne 2. oktobra 2007 in da ponovi postopek razpisa [bila] edina pravilna uporaba prava o javnih naročilih“.

29 – Na popravke tega vprašanja, ki jih predlagata Komisija in Nizozemska, da bi ugotovili, ali se krši Direktiva 89/665, ko sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa, uporabi pravo Evropske unije, kar pa pozneje sodišče, ki presoja o glavni stvari označi kot napačno, je odgovor lahek, temelji na razlikovanju med postopkovnimi pravili, ki jih vsebuje Direktiva 89/665 – o jamstvu pravnih sredstev –, in materialnim pravom o javnih naročilih, začasni ukrep, ki temelji na napačni razlagi materialnega prava, ne pomeni kršitve Direktive 89/665.

30 – Sodbi Sodišča z dne 2. junija 1994 v zadevi AC ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Recueil, str. I-2305, točki 16 in 17) in z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točki 29 in 30).

31 – Da bi ugotovilo „napako v interpretaciji“, bi moralo Sodišče ugotoviti dejavnike, ki jih je dolžno ovrednotiti izključno nacionalno sodišče.

32 – Sodba Sodišča z dne 8. februarja 1990 v zadevi Shipping and Forwarding Enterprise Safe (C-320/88, Recueil, str. I-285, točka 11).

64. Če tretje vprašanje analiziramo dobesedno, se zdi, da ne povzroča preveč negotovosti.

dokončna, „je gradnja že dodeljena in verjetno celo dokončana in bi se lahko dogovorilo le o morebitni odškodnini za podjetje“ (tudi točka 4.18 obrazložitve *in fine*).

65. Odločitve, sprejete v postopku za izdajo začasnega ukrepa – pa naj bo še tako avtonomen –, imajo status le prehodnih ukrepov (nazadnje so začasni), ker bodo v morebitnem običajnem postopku odpravljene, popravljene ali potrjene, če upravičenec to zahteva,³³ zato morebitno protislovje ne bi smelo biti sporno.

66. Zdi se, da je ta rešitev vsebovana že v predložitveni odločbi (točka 4.18 obrazložitve *in fine*), v kateri je navedeno, da odločba (dokončna) „nadomesti sklep, ki ga je sprejelo sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa“.

68. Skratka, s temi pomisleki se posredno opozori na drug vidik, ki bi lahko omejil nikalni odgovor na tretje vprašanje: Direktiva 89/665 ne nasprotuje dejstvu, da sodišče, pristojno za izdajo začasnega ukrepa, naročniku naloži sprejetje odločitve o oddaji naročila, ki se pozneje v postopku v glavni stvari razglasi za nezdružljivo z evropskimi predpisi o javnih naročilih, če se lahko učinki začasnega ukrepa nadomestijo z novim položajem, ki izhaja iz odločbe v glavni stvari.

67. Če je tako, se moramo vprašati, kje je težava. Odgovor je v sklepu Rechtbank, v katerem je naveden, da je pri različnih rešitvah iz začasnega ukrepa in sodne odločbe v glavni stvari, „položaj problematičen [ker] obstajata dve, avtonomni sodni odločbi, ki imata (ali bi lahko imeli) različne posledice za stranke in tretje osebe“ (točka 4.8 obrazložitve), kot tudi zaradi okoliščine, da ko odločba postane

69. Nazadnje se ne morem izogniti preudarku, da je na Nizozemskem od sporočila o odločitvi o oddaji javnega naročila do pogodbe edino učinkovito sredstvo za preprečitev sklenitve pogodbe začasni ukrep, ker ne obstaja možnost za ugotovitev ničnosti odločitve o oddaji, ne pred sklenitvijo pogodbe in ne po njej, kot to potrjuje nizozemska vlada.³⁴

33 – V nekaterih postopkovnih sistemih, kot je španski, se te spremembe opravijo samodejno, dovolj je razglasitev pravomočne sodbe.

34 – Zlasti v svojih pojasnilih (točka 18 in naslednje) na vprašanja Sodišča. Potem ko je pojasnila, da nizozemski pravni sistem razlikuje med odločitvijo (upravnega prava) o oddaji pogodbe in aktom zasebnega prava, s katerim se ta oddaja izvrši (sklenitev pogodbe), je odločno navedla, da ne prvi ne drugi primer ne moreta biti predmet tožbe.

Nasprotno, s stališča prava Unije je sklenitev pogodbe najpomembnejši in funkcionalni datum za možnost, da se poskusi z razveljavitvijo odločitve o oddaji, ker čeprav ne obstaja postopek za razveljavitev, ko je pogodba že sklenjena, državam članica nalaga, da še pred tem datumom dajo oškodovancu možnost, da vloži zahtevo za razveljavitev odločitve o oddaji.³⁵

pritožbe pri Gerechtshof Leeuwarden in je raje sprožilo postopek, v okviru katerega je vložilo odškodninski zahtevk.³⁸ Drugič, ko se je enkrat zahtevala odškodnina in ker je bila pogodba že sklenjena (3. decembra 2007), razveljavitev ni bila več upravičena v skladu s členom 2(5) in (6) Direktive 89/665. Zadnji preudarek dokazuje pomanjkljivost v razmišljanju Rechtbank v točki 4.14 obrazložitve sklepa, ki temelji na prepričanju, da je mogoče odločitev o oddaji naročila razveljaviti pred odškodnino.³⁹

70. Vendar dejstvo, da se na Nizozemskem odločitev o oddaji naročila pred sklenitvijo pogodbe izmakne upravnemu ali sodnemu nadzoru³⁶, ni zelo pomembno za okoliščine tega primera.³⁷

71. Prvič, ker je treba spomniti, da je podjetje Combinatie prostovoljno odstopilo od

72. Treba je ugotoviti, da so prej navedene ugotovitve pravilne, ker v tem primeru in glede na način, na kateri Rechtbank oblikuje vprašanja, nista bili ogroženi načeli učinkovitosti in enakovrednosti, ki pomenita osnovno omejitev procesne avtonomije držav članic, zato za odgovore ni bistveno, da ni možnosti za vložitev tožbe zaradi razveljavitve.

35 – Sodba Sodišča z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Alcatel Austria AG in drugi (C-81/98, Recueil, str. I-7671, točke 35, 37, 38 in 43).

36 – Nizozemska vlada je ves čas svoje intervencije poudarjala, kot sem že navedel, da upravno sodišče ni pristojno za razveljavitev odločitve o oddaji naročila, ker je odločitev o oddaji samo predhoden element zasebnega akta. Zato tudi civilno sodišče ne more razveljaviti odločitve o oddaji, ker izhaja iz javne uprave. Vendar civilno sodišče ne more prejsati niti v morebitni tožbi proti sklenitvi pogodbe (akt, ki ga ureja zasebno pravo): tako kot navaja v točki 20 pojasnil, sodna praksa Hoge Raad nasprotuje temu nadzoru in razen v posebnih okoliščinah, se javno naročilo ne more izpodbijati, ker ni združljivo s predpisi javnega naročanja, saj ta ne daje na voljo nobenega pravnega sredstva tistemu, ki bi morda lahko navajal kršitve prava v zvezi s pogodbo ali kršitve postopka pred njeno sklenitvijo, se pravi, zavrženemu ponudniku, ker s stališča zasebnega prava ni pogodbenega stranka.

37 – Poleg tega nobena stranka ni poudarila te problematike.

38 – Čeprav bi težko povzročil učinek „odprave, potrditve ali dopolnitve“ začasnega ukrepa, ker kot sem navedel že zgoraj, sta bila predmeta in predlogi obeh postopkov različna in bi poleg tega lahko vplivala na različne stranke.

39 – Rechtbank meni, da opisan problem ne bi obstajal, „če bi se lahko odločitev izpodbijala v samo enem, posebnem postopku pred enim sodiščem in če bi se za dodelitev odškodnine določilo, da mora pristojni sodni organ izpodbijano odločitev najprej razglasiti za nično“.

73. Na podlagi teh preudarkov predlagam Sodišču, naj na tretje vprašanje odgovori, da Direktiva 89/665 ne nasprotuje morebitnim različnim rešitvam sodišča, pristojnega za sprejetje začasnega ukrepa, in sodišča, ki odloča v glavni stvari, če niso ogroženi rezultati, ki jih določa Direktiva 89/665 in zlasti tri jamstva iz člena 2(1), kot jih razlaga sodna praksa Skupnosti.

mogoče šteti za odgovornega“ [točka (d) četrtega vprašanja]. V točki (c) četrtega vprašanja je najprej navedena domneva – če bi „naročnik moral plačati odškodnino“ –, ki je podlaga za vprašanje v zvezi z morebitnimi merili, ki jih določa pravo Unije za ugotovitev in ovrednotenje škode.

C – Odgovornosti in z njo povezana odškodnina: odgovor na četrto in peto vprašanje

75. Peto vprašanje je sklep predhodnih, poskuša ugotoviti, „kaj mora potem storiti nacionalno sodišče“, kadar na podlagi odgovorov in na podlagi nacionalnega prava „uveljavljanje odgovornosti dejansko ni mogoče ali je izjemno težko“.

1. Nepristojnost Sodišča, da ugotavlja odgovornost v nacionalnem sporu

74. S četrtem vprašanjem Rechtbank poziva Sodišče, naj se izreče, kdo je odgovoren za morebitno škodo, ki je bila povzročena podjetju Combinatie, in svoje vprašanje razširi na možnost, da se za odgovornega ugotovi naročnika, če bi odgovor na tretje vprašanje potrdil nezdržljivost nizozemske ureditve začasnih ukrepov z Direktivo 89/665 [točka (a) četrtega vprašanja] in tudi če bi Sodišče odločilo, da je ta skladna z Direktivo [točka (b) četrtega vprašanja], pri tem pa nakazuje tudi na druge morebitne odgovore, „če naročnika ni

76. Menim, da Sodišče ne more učiti Rechtbank o tem, kdo je odgovoren za škodo, ki jo je morda utrpelo podjetje Combinatie zaradi kršitev predpisov o javnih naročilih, kajti to je jedro spora, o katerem se presoja. Enake razloge, ki sem jih prej navedel, da bi zavrnil možnost popraviljanja tretjega vprašanja, ki so

temeljili na pristojnosti nacionalnega sodišča, da presoja o dejstvih in okoliščinah spora, ki ga obravnava, zdaj ne potrjujejo pristojnosti Sodišča, da ugotavlja odgovornost različnih udeležencev v razpisu za gradnjo v občini Emmena.

77. Menim, da lahko samo Rechtbank presoja⁴⁰ o tem, ali je obstajala odgovornost, in če je, ali se jo pripiše pokrajini ali državi (zardi ukrepanja sodišča, pristojnega za sprejetje začasnega ukrepa) oziroma kateri koli drugi osebi, pri tem se upoštevajo okoliščine, ki so se izkazale za upoštevne: dejstvo, da pokrajina ne bi počakala z oddajo naročila, prav tako se ne bi pritožila na začasni ukrep, druge možnosti (če so obstajale), kot je oddaja naročila podjetju MFE, ali okoliščine v zvezi z začasno izvršitvijo sklepa sodišča, pristojnega za izdajo začasnega ukrepa, kot tudi prostovoljni umik pritožbe zoper ta sklep s strani družbe Combinatie.

78. Poleg tega, če bi lahko tožba v nacionalnem sporu temeljila na kršitvi prava Unije, je

ugoditev tožbi⁴¹, kar nas na tem mestu najbolj zanima, samo v pristojnosti države članice v okviru njenega nacionalnega prava o odškodninski odgovornosti⁴².

79. Zato menim, da Sodišče ne sme odgovoriti na tisti del četrtega in petega vprašanja, ki zahteva, naj se izreče o tem, kdo je odgovoren v nacionalnem sporu.

2. Merila za ugotavljanje odgovornosti in obseg škode

80. Kljub povedanemu mora Sodišče Rechtbank pojasniti, ali pravo Unije določa merila za določitev škode, kdo je zanjo odgovoren in za ovrednotenje škode.

40 – Pri tem je treba upoštevati vse dejavnike, značilne za obravnavano zadevo, „predvsem stopnjo jasnosti in natančnosti kršenega pravila, namernost kršitve, opravičljivost oziroma neopravičljivost napačne uporabe prava, stališče, ki ga, odvisno od primera, sprejme institucija Skupnosti, in neizpolnitev obveznosti zadevnega sodišča, da na podlagi člena [267 PDEU] poda predlog za sprejetje predhodne odločbe“ (sodba Sodišča z dne 30. septembra 2003 v zadevi Köbler (C-224/01, Recueil, str. I-10239, točka 55), „če je zadevna odločba sprejeta ob očitni kršitvi sodne prakse Sodišča s tega področja“ (sodba z dne 5. marca 1996 v združenih zadevah Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, Recueil, str. I-1029, točka 57, in zgoraj navedena sodba Köbler, točka 56), pa to pomeni dovolj resno kršitev prava Unije.

41 – Vedno če so izpolnjeni pogoji, ki jih določa sodna praksa Sodišča: namen kršenega pravila prava Unije mora biti priznavanje pravic, kršitev tega pravila mora biti dovolj resna in obstajati mora neposredna vzročna zveza med to kršitvijo in škodo, povzročeno oškodovancem.

42 – V tem smislu ne sme obravnavati pogojev za določitev kršitve prava Unije manj ugodno kot pogojev kršitve nacionalne zakonodaje (načelo enakovrednosti) in ne smejo biti oblikovani tako, da v praksi onemogočijo ali preveč otežijo pridobitev odškodnine (načelo učinkovitosti) [Glej, med drugim, v opombi 40 navedeno sodbo Köbler, točka 58, in sodbo Sodišča z dne 13. marca 2007 v zadevi Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, ZOdl., str. I-2107, točka 123.]

a) Uvodne ugotovitve

81. Najprej je treba ugotoviti, kaj želi izvedeti Rechtbank, ko v točki (c) četrtega vprašanja sprašuje Sodišče, „ali bi moral naročnik plačati odškodnino“, ali pravo Unije določa merila, na podlagi katerih je treba ugotoviti in ovrednotiti škodo.

82. Načeloma bi bilo mogoče razumeti, da Rechtbank izhaja iz pritrdilnega odgovora glede odgovornosti naročnika, kar se domneva v odgovoru na točko (c).

83. Vendar ta teza ne sme prevladati, ker čeprav Rechtbank v točki (c) četrtega vprašanja predvideva, da bi lahko bila pokrajina odgovorna, njegove ugotovitve ne zanikajo možnosti, da bi se lahko odgovornost pripisala tudi drugim udeležencem postopka javnega naročanja, zato se lahko razume, da je predložitev sodišče želelo izvedeti na splošno, katera so merila, ki jih določa pravo Unije za javna naročila za določitev odškodnine v okviru odškodninske odgovornosti.

84. Ne sme se zanemariti dejstvo, da pravilna določitev odškodninske odgovornosti zahteva, naj se preveri dejanskost škode, kar

mora biti domneva za kateri koli drugi postopek: brez škode se namreč ne bi smel sprožiti noben vzvod nepogodbene odgovornosti. V tej fazi sta pomembni vprašanji, ki se nanašata na določitev obsega škode in njeno ovrednotenje.

85. Seveda pomenijo ti postopki pri javnih naročil velike težave, vsakič je namreč treba, tudi ob domnevi, da so bili kršeni predpisi Unije, izvesti pravo presojo verjetnosti, da bi lahko prišli do sklepa, da bi bil pri pravilnem razpisnem postopku izbrani ponudnik tisti, ki je bil zavržen (v tem primeru podjetje Combinatie).

86. Zapletenost, ki sem jo opisal, ni značilna samo za ta primer, ampak je inherentna velikemu številu primerov civilne odgovornosti,⁴³ kar zavezuje sodišče, ki odloča o zadevi v glavni stvari, da uporabi abstrakcije, ki temeljijo na dokazih, ki jih ima na voljo, da bi bilo z visoko stopnjo verjetnosti, ki je že blizu gotovosti, mogoče zatrditi, da bi bil zavrženi ponudnik tisti, ki mu bi bilo oddano naročilo, če bi se spoštovali predpisi javnih naročil.

⁴³ – Dovolj je, če se sklicuje, na primer, na primere odškodninske odgovornosti na področju neprimernih zdravstvenih storitev z vidika *lex artis*.

87. Drugo vprašanje, ki ga je treba obravnavati, da bi se določila odškodnina, je vsebina škode, ki pa se lahko spreminja, odvisno od tega, ali se upoštevajo samo objektivni stroški, ki jih je ponudnik imel zaradi sodelovanja pri javnem naročilu (nastala škoda), ali tudi druge postavke, težje dokazljive, kot je izguba dobička (izgubljeni dobiček), ker je bil nezakonito zavržen.

- Drugo: področje posebnih pravil, ki urejajo različne postopke v državah članicah. Ker so določbe Direktive 89/665 le približek nacionalnim instrumentom procesnega prava, da bi zagotovile spoštovanje predpisov Unije o javnem naročanju, je jasno, da je pristojnost držav članic, da vzpostavijo in določijo dejavnike postopkov, s katerimi se zagotovi učinkovitost obveznosti iz člena 2(1)(c) Direktive 89/665, pri čemer so te postopkovne določbe zunaj Direktive.

88. Glede na navedeno je treba jasno razlikovati tri področja Direktive 89/665:

- Tretje: področje vidikov materialnega prava, ki so prav tako izvzeti iz Direktive 89/665, omogočajo pa pojasnitev te odgovornosti.

- Prvo: področje Direktive 89/665, ki poskuša okrepiti obstoječe vzvode, tako nacionalne kot Evropske unije, za zagotovitev učinkovite uporabe direktiv o javnih naročilih,⁴⁴ zato v ta namen določa obveznost držav članic, da zagotovijo, da se lahko nezakonite odločitve, ki jih sprejmejo naročniki, učinkovito in čim hitreje preizkusijo, v njenem členu 2(1)(c) pa je izrecno vključena povrnitev škode osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

b) Uporaba člena 2(7) Direktive 92/13

89. To, popolnoma opredeljeno shemo, na katero vpliva pravo Evropske unije, ne neposredno, ampak z načeli učinkovitosti in enakovrednosti, bi lahko Direktiva 92/13 spremenila, če bi bilo zavzeto stališče, da v členu 2(7)

⁴⁴ – Sodbi Sodišča z dne 4. februarja 1999 v zadevi Köllensperger in Atzwanger (C-103/97, Recueil, str. I-551, točka 3) in z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-275/03, točka 28).

navaja nekatere smernice za določitev škode in njenega obsega.

čila –, in tretji, vzročnost, ki pomeni, da je bila resnična možnost, da se pridobi naročilo, odstranjena zaradi kršitve.

90. Kot bom prikazal, ni tako.

91. V tej določbi se odpira vprašanje, ali jo je mogoče povezati z zahtevami za določitev in obseg škode, katere plačilo jamči Direktiva 89/665: če povzamem, kakšna je dodana vrednost tega člena Direktive 92/13 v primerjavi z Direktivo 89/665?

92. Sodišče se do danes še ni izreklo o tem vprašanju.

93. Člen 2(7) vsebuje tri dejavnike, ki omogočajo, da se jih obravnava posamezno: prvi je določena vrsta škode v zvezi s stroški, ki nastanejo pri pripravljanju ponudbe; drugi dejavnik je dokazni vidik, ki je omejen na dokazovanje – prvič, kršitve prava Unije, in drugič, resnične možnosti pridobitve naro-

94. Čeprav so javna naročila v okviru posebnih področij (vodnega, energijskega, transportnega in telekomunikacijskega področja, ki jih ureja Direktiva 2004/17⁴⁵) zaradi svojo kazuistike in po naravi drugačna od splošnih naročil (Direktiva 2004/18), je težko najti razloge, ki upravičujejo urejanje odškodnine, kot je tu predstavljeno, samo za prva in ne tudi za druga naročila.

95. Treba je spomniti, da sta bili ti direktivi spremenjeni z Direktivo 2007/66⁴⁶, ne da bi zakonodajalec Unije v Direktivo 89/665 vključil podobno določbo, kot jo vsebuje člen 2(7) Direktive 92/13 in tako izkoristil to spremembo, kar določa sklep, da zakonodajalec podobne določbe ni želel predpisati za področje škode, katere plačilo jamči Direktiva 89/665, s čimer je namenoma pustil odprto vprašanje določitve škode.

45 – Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštinskih storitev (UL L 134, str. 1).

46 – Direktiva 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 oddaje javnih naročil (UL L 335, str. 31).

96. Direktiva 89/665 pušča odprto vprašanje glede obsega škode, ki se povrne, kar najprej pomeni, da lahko države članice po svoji presoji vključijo nastalo škodo in tudi izgubljeni dobiček; vendar tudi Direktiva 92/13 ne omejuje avtonomije, ki jo uživajo države, ureja le določena merila vzročnosti in dokazovanja, da bi zagotovila plačilo odškodnine za stroške, ki jih je imel ponudnik, vendar ne vsebuje navodil glede obsega škode ali odškodnine in ne o pripisovanju odgovornosti. Določba se omeji na to, da predpiše zahtevo po argumentaciji v pravu (če se krši predpis Unije) in po dokazu, bolj ali manj popolnem, da je obstajala možnost pridobiti naročilo.⁴⁷

ne da bi to zmanjšalo svobodo, ki jo pravo Unije s postopkovno avtonomijo prepušča državam članicam, da se same odločijo, ali zahtevajo dokaz o vzročnosti ali ne⁴⁸ za vse vrste škode in njenega obsega, ali bodo upoštevale drugo škodo, kot so zgolj stroški, kot je, na primer, izgubljeni dobiček.

c) Določitev škode

97. Zato menim, da je treba pomen odstavka 7, člena 2 Direktive 92/13 v danem primeru relativizirati. Kljub temu menim, da se ne bi spremenila ne pravna varnost ne upoštevanje institucionalnega ravnotežja, če bi za Direktivo 89/665, v hermanevtične namene, uporabljali vidike s področja vzročnosti in dokazovanja v zvezi z objektivno škodo, nastalo zaradi stroškov sodelovanja na razpisu,

98. Zato bi se morali najpomembnejši deli odgovora na točko (c) četrtega vprašanja, v zvezi z določitvijo škode, poiskati v načelu procesne avtonomije držav članic, ki so pristojne, da določijo merila za dodelitev odškodnine, ki jo določa člen 2(1)(c) Direktive 89/665.

99. Direktiva 89/665 ne določa meril za določitev škode; kljub temu Unija ne sme stati

47 – Glede meril za določitev škode je člen 2(7) preprost, kar je pristop Sodišča v zgoraj navedenih zadevah Komisija proti Portugalski, ko se sicer ni uspelo izreči o obstoju objektivne odgovornosti, s praktičnega vidika pa se zdi, da se je ubeseditev meril za ugotovitev škode skrčila na ugotovitev kršitve prava Unije.

48 – Na podlagi načela enakovrednosti, čeprav na področju konkurenčnega prava, je v sodbi Sodišča z dne 13. julija 2006 v združenih zadevah Manfredi in drugi (od C-295/04 do C-298/04, ZOdl., str. I-6619, točka 99) določeno, da je „mogoče odobriti posebne odškodnine, kot so civilne kazni, če jih je mogoče dodeliti v okviru nacionalnih tožb, podobnih tožbam, ki temeljijo na [...] pravilih Skupnosti, tudi v okviru teh tožb“, in to omogoča, da se „nacionalnih sodišč ne ovira pri sprejemanju ukrepov za to, da varstvo pravic, ki jih zagotavlja pravo Skupnosti, nima za posledico neupravičene obogatitve upravičencev“.

popolnoma ob strani, saj je vedno treba zahtevati upoštevanje omejitev, ki jih opisujem v teh predlogih ter jih določata načeli učinkovitosti in enakovrednosti, in morajo ta biti podlaga pri razsojanju nacionalnih sodišč, ki morajo zagotoviti učinkovito varstvo pravic, ki jih priznava pravo Unije.

100. Kot primer navajam, da je načelo učinkovitosti omogočilo Sodišču, da je utemeljilo obsodbo Republike Portugalske,⁴⁹ ker v nacionalni zakonodaji, ki za povrnitev škode osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve prava Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalnih predpisov, s katerimi je bilo to preneseno, določa, da je treba dokazati malomarnost ali naklep, to pa je pogoj, ki po mnenju Sodišča ni v skladu z ustreznim sistemom sodnega varstva, ker pomeni tveganje, da bi oškodovani ponudniki ostali brez pravice zahtevati odškodnino ali pa da bi prišlo do zamude pri njeni dodelitvi.⁵⁰

49 – Zgoraj navedena sodba Komisija proti Portugalski.

50 – V sodbi Sodišča z dne 10. januarja 2008 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-70/06, ZOdl., str. I-1), ki je bila druga po vrsti, v kateri je bila Portugalska republika obsojena, ker ni sprejela potrebnih ukrepov, ki jih je zahtevala izvršitev zgoraj navedene sodbe z dne 14. oktobra 2004 (C-275/03), se opozarja, da dokaz o malomarnosti ali naklepu, čeprav posameznikom ne onemogoča vložitev pravnih sredstev, „vodi v to, da je vložitev teh sredstev težja in dražja, pri čemer ovira popolno učinkovitost skupnostne politike na področju javnih naročil“ (točka 42).

101. V sodbi T Mobile Netherlands BV in drugi⁵¹ se na drugem področju obravnava vprašanje, ali mora nacionalno sodišče v okviru člena 81(1) ES in v zvezi s „preizkusom vzročne zveze“ med usklajevanjem in ravnanjem na trgu podjetij v določenih primerih uporabiti domnevo vzročnosti⁵² ali pa lahko glede dokaznega bremena uporablja nacionalna pravila: Sodišče je odločilo, da umesti domnevo vzročnosti v člen 81 ES, ki je „zato sestavni del prava Skupnosti, ki se uporabi“.

102. Razglasitev sodbe T Mobile Netherlands in drugi, ki na raven prava Unije (pristojnosti) postavlja oblikovanje vzročne zveze z uporabo domneve, kar je v nasprotju z vsebino sodbe ERG in drugi,⁵³ ki za obveznost sanacije, kot izhaja iz Direktive 2004/35/ES⁵⁴, po tem, ko potrdi da se zanjo zahteva dokaz o vzročnosti,⁵⁵ državam članicam dopušča določitev domneve vzročnosti, ki pa mora

51 – Sodba z dne 4. junija 2009 (C-8/08, ZOdl., str. I-4529).

52 – Predvsem če ostanejo dejavna na tem trgu, upoštevajo informacije, ki so jih izmenjala s konkurenti.

53 – Sodba z dne 9. marca 2010 (C-378/08, ZOdl., str. I-1919).

54 – Direktiva 2004/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o okoljski odgovornosti v zvezi s preprečevanjem in sanacijo okoljske škode (UL L 143, str. 56).

55 – Med tožbami gospodarskih subjektov in povzročenim onesnaževanjem.

nedvomno temeljiti na trdnih dokazih, ki so navedeni v tej sodbi.

ne vidim nobene ovire, da se ne bi ta zamisel razširila na druga nacionalna merila, kot so, na splošno tista, ki se nanašajo na ugotovitev ali določitev škode.

103. Kot je bilo pojasnjeno in zunaj področja javnih naročil, zadeva T Mobile Netherlands in drugi potrjuje pomembnost prava Unije za dokazovanje vzročne zveze, čeprav bi bile za to v skladu s procesno avtonomijo pristojne države članice. Za tako stališče ne manjka razlogov, kajti na področje pristojnosti neposredno posega člen 81 ES, se pravi, določba primarnega prava.⁵⁶ Vendar se narava člena 81 ES zelo razlikuje od določb direktive, zato je Sodišče na ravni sekundarnega prava zadržano (kot v zadevi ERG in drugi) pri izjavljanju neposrednega vpliva na vidik, ki je procesne narave.

105. Iz dosedanjih pojasnil in zato, da se odgovori na dele četrtega in petega vprašanja, ki se nanašajo na merila za določitev škode, je treba izpeljati načelo, ki je poseben izraz zahteve po učinkovitosti prava Unije: načelo, da dokazno breme v zvezi s škodo v smislu Direktive 89/665 ne sme biti tako strogo, da oteži dokazovanje do te mere, da škodi učinkovitosti.

d) Obseg škode

104. Kljub temu pa je Sodišče na podlagi Direktive 89/665 in prek modela omejevanja procesne avtonomije v navedenih zadevah Komisija proti Portugalski, ugotovilo, da nacionalno merilo pripisovanja odgovornosti, ki določa, da je treba dokazati malomarnost ali naklep, ni zakonito, zato s tega zornega kota

106. V Direktivi 89/665 prav tako niso predpisana navodila glede prvin pojma škode, zato je vse, kar se nanaša na njen obseg, stvar nacionalnega prava.

107. Kljub temu je Sodišče tudi na tem področju in v določenih okoliščinah določilo posebne obveznosti, predvsem na področju pristojnosti v zvezi z odškodnino, da se zagotovi zaščita interesov, v katere je bilo poseženo zaradi kršitve prava Unije.

⁵⁶ – Poleg tega, da je določba javnega reda, ima za posameznike neposredne učinke, ker so jo nacionalna sodišča dolžna uporabljati: sodba T Mobile Netherlands in drugi, točke od 44 do 53.

108. Tako se je v sodbi *Courage in Crehan*⁵⁷ razkrilo, da polna učinkovitost člena 85 Pogodbe ES (zdaj člen 101 PDEU) zahteva plačilo škode, nastale zaradi sporazuma ali ravnanja, ki lahko omejuje ali izkrivlja konkurenco, in v prej navedeni sodbi *Manfredi* je navedeno, da je, ker ni določbe prava Unije, „stvar notranjega pravnega sistema vsake države članice, da določi merila, ki omogočajo opredelitev obsega škode [...], pri čemer se upoštevajo načela enakovrednosti in učinkovitosti“ (točka 98).

109. V sodbi *Manfredi* in drugi je bilo ugotovljeno, da „zahteva odškodnine za škodo, nastalo zaradi sporazuma ali ravnanja, ki lahko omejuje ali izkrivlja konkurenco“, pomeni „pravico vsake osebe“ in pojasnjuje dejstvo, „da morajo oškodovane osebe imeti možnost zahtevati odškodnino ne le za nastalo škodo (*damnum emergens*), ampak tudi za izgubljeni dobiček (*lucrum cessans*) in plačilo obresti“ (točka 95).

110. V praksi je treba pri kršitvi prava Unije omogočiti povračilo škode, zato ni mogoče

pristati na popolno izključitev izgubljenega dobička⁵⁸ iz naslova škode, ki se povrne.

111. Menim, da je še očitnejša potreba po vključitvi, v skladu z veljavnimi nacionalnimi predpisi in v smislu učinkovitega nadomestila, ustreznih obresti, kajti kot izhaja in zadeve *Marshall*⁵⁹, „tvorijo bistven sestavni del odškodnine.“

112. V odgovor na četrto in peto vprašanje predlagam Sodišču, naj ugotovi, da nacionalno pravo za uporabo člena 2(1)(c) Direktive 89/665 določi merila za določitev in obseg škode, za katero je treba plačati odškodnino in ki je nastala kot posledica kršitve prava Evropske unije na področju javnih naročil, vendar pa načelo učinkovitosti prava Unije zahteva, da dokazovanje škode ne sme biti tako strogo, da bi ga otežilo do te mere, da bi tej določbi odvzelo uporabni učinek, in da se vključijo pripadajoče obresti ter, nazadnje, da se ne izključi možnost upoštevanja izgubljenega dobička.

⁵⁷ – Sodba Sodišča z dne 20. septembra 2001 (C-453/99, Recueil, str. I-6297, točka 26).

⁵⁸ – Zgoraj navedena sodba *Brasserie du pêcheur in Factortame*, točka 87, in sodba Sodišča z dne 8. marca 2001 v združenih zadevah *Metallgesellschaft in drugi* (C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I-1727, točka 91) ter zgoraj navedena sodba *Manfredi* in drugi, točka 96.

⁵⁹ – Sodba Sodišča z dne 2. avgusta 1993 v zadevi *Marshall* (C-271/91, Recueil, str. I-4367, točka 31), iz katere izhaja, da pomeni potreba po učinkovitem povračilu škode tudi zahtevo na drugih področjih, ki niso področja pristojnosti, ker se je zadeva *Marshall* uporabila za povzročeno škodo kot posledico diskriminatorne odpovedi delovnega razmerja.

VII – Predlog

113. Glede na navedene ugotovitve Sodišču predlagam, naj:

1. Razglasi prvo vprašanje za nedopustno.

2. Glede ostalih vprašanj Rechtbank pa naj Sodišče smiselno odgovori:
 - (a) Drugo vprašanje:

Če ni bilo dokazano, da se krši učinkovitost prava Unije, člena 1(1) in (3) ter 2(1) in (6) Direktive 89/665 ne nasprotujeta nacionalni zakonodaji, v skladu s katero za uvedbo začasnih ukrepov zaradi zavarovanja obstaja samo en postopek, za katerega je značilno, da je usmerjen v hitro izdajo ukrepa, da ni pravice do izmenjave stališč prek odvetnikov, da so dokazna sredstva praviloma le pisna in da se zakonska dokazna pravila ne uporabljajo [točka (a)], in to čeprav sodna odločba ne vodi do dokončne določitve pravnih razmerij

in ni del postopka za sprejetje odločitev, s katerimi se dokončno določijo ta razmerja [točka (b)], ali da zavezuje samo stranki v postopku [točka (c)].

(b) Tretje vprašanje:

Direktiva 89/665 ne nasprotuje morebitnemu razhajanju med rešitvijo sodišča, pristojnega za izdajo začasnega ukrepa, in sodišča, ki vodi postopek v glavni stvari, če ne vpliva na rezultate, ki jih določa Direktiva 89/665, in predvsem na tri jamstva iz člena 2(1), kot jih razlaga sodna praksa Skupnosti.

(c) Četrto in peto vprašanje:

Sodišče naj se izreče, da ni pristojno za odločanje o tem, kdo je odgovoren v nacionalnem sporu;

merila za določitev in obseg škode za odškodnino, nastale zaradi kršenja prava Evropske unije na področju javnih naročil, mora v smislu člena 2(1)(c) Direktive 89/665 določiti nacionalno pravo, pri čemer pa načelo učinkovitosti prava Unije zahteva, da dokazovanje škode ne sme biti tako strogo, da bi ga otežilo do te mere, da bi zmanjšalo učinkovitost določbe, in da se vključijo pripadajoče zamudne obresti ter, nazadnje, da se ne izključi možnost upoštevavanja izgubljenega dobička.