



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (peti senat)

z dne 11. septembra 2014*

„Predhodno odločanje — Javna naročila — Direktiva 89/665/EGS — Člen 2d(4) — Razlaga in veljavnost — Revizijski postopki oddaje javnih naročil — Neobstoj pravnih učinkov pogodbe — Izključitev“

V zadevi C-19/13,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Consiglio di Stato (Italija) z odločbo z dne 14. decembra 2012, ki je prispela na Sodišče 15. januarja 2013, v postopku

Ministero dell'Interno

proti

Fastweb SpA,

ob udeležbi

Telecom Italia SpA,

SODIŠČE (peti senat),

v sestavi T. von Danwitz, predsednik senata, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby in C. Vajda (poročevalec), sodniki,

generalni pravobranilec: Y. Bot,

sodna tajnica: L. Hewlett, glavna administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 20. marca 2014,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Fastweb SpA P. Stella Richter in G.-L. Tosato, odvetnika,
- za Telecom Italia SpA F. Cardarelli, F. Lattanzi in F. S. Cantella, odvetniki,
- za italijansko vlado G. Palmieri, agentka, skupaj z G. Fiengom, avvocato dello Stato,
- za avstrijsko vlado M. Fruhmann, agent,

* Jezik postopka: italijanščina.

- za poljsko vlado B. Majczyna ter M. Szwarc in E. Gromnicka, agenti,
- za Evropski parlament J. Rodrigues in L. Visaggio, agenta,
- za Svet Evropske unije P. Mahnič Bruni in A. Vitro, agenta,
- za Evropsko komisijo L. Pignataro-Nolin in A. Tokár, agenta,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 10. aprila 2014

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago in veljavnost člena 2d(4) Direktive Sveta 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 (89/665/EGS) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 (UL L 335, str. 31, v nadaljevanju: Direktiva 89/665).
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Ministero dell'Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (ministrstvo za notranje zadeve, služba za javno varnost, v nadaljevanju: Ministero dell'Interno) in družbo Fastweb SpA (v nadaljevanju: Fastweb) glede oddaje javnega naročila, ki se nanaša na opravljanje storitev elektronske komunikacije, v okviru postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu družbi Telecom Italia SpA (v nadaljevanju: Telecom Italia).

Pravni okvir

Pravo Unije

Direktiva 2007/66

- 3 V uvodnih izjavah 3, 13, 14, 21, 26 in 36 Direktive 2007/66 je navedeno:

„(3) [...] bi bilo treba povečati zagotovila glede preglednosti in nediskriminacije, ki so cilj [Direktive 89/665 in 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, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 315)] za zagotovitev, da Skupnost kot celota v polnosti izkoristi pozitivne učinke posodobitve in poenostavitve predpisov o oddaji javnih naročil, doseženi z [Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132)] in [Direktivo 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 poštnih storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19)]. Zato bi bilo treba direktivi [89/665] in [92/13] spremeniti z dodajanjem bistvenih pojasnil, ki bodo omogočila doseganje rezultatov, za katere si prizadeva zakonodajalec Skupnosti.

[...]

- (13) Z namenom boja proti nezakoniti oddaji naročil na podlagi neposrednega dogovora, kar je Sodišče Evropskih skupnosti opredelilo kot najhujšo kršitev zakonodaje Skupnosti na področju javnih naročil s strani naročnika, bi bilo treba predvideti učinkovito, sorazmerno in odvračilno kazen. Zato bi bilo treba naročila, ki izvirajo iz nezakonite oddaje na podlagi neposrednega dogovora, načeloma šteti za neveljavna. Neveljavnost ne bi smela biti samodejna, temveč bi jo moral potrditi neodvisni revizijski organ ali pa bi morala biti rezultat njegove odločitve.
- (14) Neveljavnost je najučinkovitejši način ponovne vzpostavitve konkurenčnosti in ustvarjanja novih poslovnih priložnosti za tiste gospodarske subjekte, ki jim je bila priložnost za konkuriranje nezakonito odvzeta. Oddaja naročil na podlagi neposrednega dogovora v smislu te direktive bi morala zajemati vsako oddajo naročila, ki ni bila predmet predhodnega obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, v smislu Direktive [2004/18]. To je v skladu s postopkom oddaje javnega naročila brez predhodnega javnega razpisa v smislu Direktive [2004/17].

[...]

- (21) S tem, da bi države članice določile pravila, s katerimi bi se zagotovilo, da se bo naročilo štelo za neveljavno, bi morali doseči, da bi se pravice in obveznosti, ki jih imata stranki iz naslova naročila, nehale uveljavljati in izvajati. Posledice, ki izhajajo iz dejstva, da se naročilo šteje za neveljavno, bi bilo treba določiti z nacionalno zakonodajo. Z nacionalno zakonodajo se lahko denimo razveljavijo vse že izpolnjene pogodbene obveznosti z veljavnostjo za nazaj (*ex tunc*), ali pa se, nasprotno, omeji obseg razveljavitve na tiste obveznosti, ki bi jih bilo treba še izpolniti (*ex nunc*). To ne bi smelo pripeljati do tega, da v primerih, ko so bile obveznosti, ki izhajajo iz naročila, že v celoti ali skoraj v celoti izpolnjene, ne bi obstajale učinkovite kazni. V takih primerih bi morale države članice zagotoviti tudi alternativne kazni, pri katerih bi se upoštevalo, v kolikšni meri določeno naročilo ostaja v veljavi v skladu z nacionalnim pravom. Podobno se z nacionalno zakonodajo določijo posledice v zvezi z morebitno izterjavo zneskov, ki so morda že bili izplačani, in v zvezi z vsemi drugimi oblikami morebitnega povračila, vključno z denarnim nadomestilom, če nadomestilo v naravi ni možno.

[...]

- (26) Da bi se izognili pravni negotovosti, ki bi lahko nastala zaradi neveljavnosti, bi morale države članice dovoliti izjemo od katere koli ugotovljene neveljavnosti, v primerih, kadar naročnik meni, da je oddaja katerega koli naročila na podlagi neposrednega dogovora brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z direktivama [2004/18] in [2004/17], in je uporabil minimalno obdobje mirovanja, ki omogoča učinkovita pravna sredstva. Takšna prostovoljna objava, ki povzroči obdobje mirovanja, ne pomeni razširitve obveznosti, ki izhajajo iz Direktive [2004/18] ali Direktive [2004/17].

[...]

- (36) Ta direktiva spoštuje temeljne pravice in upošteva načela, priznana zlasti v Listini o temeljnih pravicah Evropske unije [v nadaljevanju: Listina]. Ta direktiva želi zlasti zagotoviti polno upoštevanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva in poštene obravnave pred sodiščem v skladu s prvim in drugim pododstavkom člena 47 Listine.“

Direktiva 89/665

- 4 V uvodni izjavi 3 Direktive 89/665 je navedeno:

„[...] za odpiranje javnih naročil za konkurenco v Skupnosti [je] treba znatno povečati jamstva za preglednost in prepoved razlikovanja; [...] za vidne učinke [morajo biti] na voljo učinkovita in hitra pravna sredstva pri kršitvah zakonodaje Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalnih predpisov za izvajanje te zakonodaje“.

- 5 Člen 1(1), tretji pododstavek, Direktive 89/665 določa:

„Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive [2004/18] zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih 2 do 2f te direktive, na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile zakonodajo Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o izvajanju te zakonodaje.“

- 6 Člen 2 Direktive 89/665, naslovljen „Zahteve za revizijske postopke“, v odstavku 1 določa:

„Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določenimi v členu 1, vključujejo zagotovitev pooblastil, da:

[...]

(b) se razveljavi ali zagotovi razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev, vključno z odpravo diskriminatornih 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 dodeli nadomestilo za škodo osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.“

- 7 Člen 2(7), prvi pododstavek, Direktive 89/665 določa:

„Razen v primerih, navedenih v členih 2d do 2f, se učinki izvajanja pooblastil iz odstavka 1 tega člena na pogodbo, ki se sklene po oddaji naročila, določijo v skladu z nacionalno zakonodajo.“

- 8 Člen 2d Direktive 89/665, naslovljen „Neveljavnost“, določa:

„1. Države članice zagotovijo, da naročilo za neveljavno razglasi revizijski organ, neodvisen od naročnika, oziroma da je neveljavnost naročila rezultat odločitve takšnega revizijskega organa v katerem koli od naslednjih primerov:

(a) če je naročnik oddal naročilo, ne da bi prej objavil obvestilo o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, kadar to ni dovoljeno v skladu z Direktivo [2004/18];

[...]

2. Posledice, ki izhajajo iz dejstva, da se naročilo šteje za neveljavno, se določijo v nacionalnem pravu.

Nacionalno pravo lahko razveljavi vse pogodbene obveznosti z veljavnostjo za nazaj ali pa omeji obseg razveljavitve na tiste obveznosti, ki bi jih bilo treba še izpolniti. V slednjem primeru predvidijo države članice uporabo drugih kazni v smislu člena 2e(2).

[...]

4. Države članice določijo, da se odstavek 1(a) tega člena ne uporablja, če:

- naročnik meni, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z Direktivo [2004/18],
 - naročnik v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo, kakor določa člen 3a te direktive in ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, in
 - pogodba ni bila sklenjena, preden je poteklo vsaj 10 koledarskih dni od dneva, ki sledi datumu objave tega obvestila.
- [...]“

9 Člen 3a Direktive 89/665, naslovljen „Vsebina obvestila o prostovoljni predhodni preglednosti“, določa, da obvestilo iz druge alineje člena 2d(4) te direktive vsebuje ime in kontaktne podatke naročnika, opis predmeta naročila, utemeljitev odločitve naročnika o oddaji naročila brez predhodne objave obvestila, ime in kontaktne podatke gospodarskega subjekta, v čigar korist je bila sprejeta odločitev o oddaji naročila, in po potrebi vse druge podatke, ki se naročniku zdijo koristni.

Direktiva 2004/18

10 Člen 2 Direktive 2004/18, naslovljen „Načela za oddajo naročil“, določa:

„Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“

11 Člen 31 Direktive 2004/18, naslovljen „Primeri, v katerih je upravičen postopek s pogajanjem brez predhodne objave“, določa:

„Naročniki lahko oddajo javno naročilo v postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu v naslednjih primerih:

(1) za javna naročila gradenj, javna naročila blaga in javna naročila storitev:

[...]

(b) kadar se iz bodisi tehničnih bodisi umetniških razlogov ali iz razlogov, ki so povezani z varovanjem izključnih pravic, lahko javno naročilo odda samo določenemu gospodarskemu subjektu;

[...]“

Direktiva 2009/81/ES

- 12 Člen 28 Direktive 2009/81/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. julija 2009 o usklajevanju postopkov za oddajo nekaterih naročil gradenj, blaga in storitev, ki jih oddajo naročniki na področju obrambe in varnosti, ter spremembi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES (UL L 216, str. 76), naslovljen „Primeri, v katerih je upravičen postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu“, določa:

„V naslednjih primerih lahko naročniki oddajo naročila v postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu in utemeljijo uporabo tega postopka v obvestilu o oddaji naročila, kot je zahtevano v členu 30(3):

1. za naročila gradenj, naročila blaga in naročila storitev:

[...]

- (e) kadar se zaradi tehničnih razlogov ali varstva izključnih pravic naročilo lahko zaupa samo enemu določenemu gospodarskemu subjektu;

[...]“

- 13 Člen 60 te direktive, naslovljen „Neveljavnost“, določa:

„1. Države članice zagotovijo, da naročilo za neveljavno razglasi revizijski organ, neodvisen od naročnika, oziroma da je neveljavnost naročila rezultat odločitve takšnega revizijskega organa v naslednjih primerih:

- (a) če je naročnik oddal naročilo brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, kadar to ni dovoljeno v skladu s to direktivo;

[...]

4. Države članice določijo, da se odstavek 1(a) ne uporablja, če:

- naročnik meni, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu s to direktivo,
- naročnik v skladu s členom 64 v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, in
- pogodba ni bila sklenjena, preden je poteklo vsaj 10 koledarskih dni od dneva, ki sledi datumu objave tega obvestila.

[...]“

Italijansko pravo

- 14 Direktiva 2007/66 je bila v italijansko pravo prenesena z zakonsko uredbo št. 53 z dne 20. marca 2010, katere vsebina je bila nato vključena v člene od 120 do 125 zakonske uredbe št. 104 z dne 2. julija 2010 o zakoniku o upravnem postopku (decreto legislativo n. 104, Codice di procedura amministrativa) (Redni dodatek h GURI št. 158 z dne 7. julija 2010, v nadaljevanju: zakonik o upravnem postopku).

- 15 Člen 121 zakonika o upravnem postopku določa, da je treba v primeru hudih kršitev, kot je nedovoljena oddaja javnega naročila na podlagi postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu – razen če je določeno drugače in kljub diskrecijski pravici, ki je pridržana za upravno sodišče – pogodbo, ki se sklene na podlagi takega postopka, razveljaviti.
- 16 Med odstopanjem od tega pravila člen 121(5) tega zakonika, s katerim je prenesen člen 2d(4) Direktive 89/665, določa, da se kljub temu učinki pogodbe ohranijo, če je naročnik z obrazloženim aktom, ki je bil sprejet pred začetkom postopka oddaje javnega naročila, odločil, da je postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu dovoljen na podlagi zakonika o upravnem postopku, če je objavil obvestilo v primeru prostovoljne predhodne preglednosti in če zadevnega naročila ni oddal pred potekom najmanj 10 koledarskih dni od dneva, ki sledi datumu objave zadnjenavedenega obvestila.
- 17 Člen 122 zakonika o upravnem postopku, ki se nanaša na druge primere kršitev, določa, da nacionalno sodišče v mejah, ki so določene v tem členu, odloči, ali je treba razglasiti, da pogodba nima učinkov.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

- 18 Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je Ministero dell'Interno leta 2003 z družbo Telecom Italia sklenilo pogodbo o upravljanju in razvoju telekomunikacijskih storitev.
- 19 Ker se je veljavnost te pogodbe iztekla 31. decembra 2011, je Ministero dell'Interno z odločbo z dne 15. decembra 2011 družbo Telecom Italia določilo za svojega dobavitelja in tehnološkega partnerja pri upravljanju in razvoju teh storitev.
- 20 Ministero dell'Interno je menilo, da lahko za oddajo javnega naročila uporabi postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, določen v členu 28(1)(e) Direktive 2009/81 in členu 57(2)(b) zakonske uredbe št. 163 z dne 12. aprila 2006, ki se nanaša na sprejetje zakonika o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga na podlagi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (Redni dodatek h GURI št. 100 z dne 2. maja 2006), kakor je bila spremenjena z zakonsko uredbo št. 152 z dne 11. septembra 2008 (Redni dodatek h GURI št. 231 z dne 2. oktobra 2008, v nadaljevanju: zakonska uredba št. 163/2006).
- 21 V skladu z zadnjenavedeno določbo lahko naročnik odda javno naročilo na podlagi postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, „če je iz tehničnih razlogov ali iz razlogov, ki se nanašajo na varstvo izključnih pravic, naročilo mogoče zaupati le določenemu gospodarskemu subjektu“.
- 22 Ministero dell'Interno je v obravnavanem primeru menilo, da je zaradi tehničnih razlogov in varstva nekaterih izključnih pravic družba Telecom Italia edini gospodarski subjekt, ki je sposoben izvesti zadevno javno naročilo.
- 23 Potem ko je Avvocatura Generale 20. decembra 2011 izdalo pritrdilno mnenje glede zakonitosti načrtovanega postopka, je Ministero dell'Interno istega dne v *Uradnem listu Evropske unije* objavilo obvestilo o nameri dodelitve tega javnega naročila družbi Telecom Italia.
- 24 Ministero dell'Interno je 22. decembra 2011 družbo Telecom Italia povabilo k sodelovanju na pogajanjih.
- 25 Ob koncu pogajanj, 31. decembra 2011, sta stranki podpisali okvirni sporazum o „zagotavljanju elektronskih komunikacijskih storitev za oddelek za javno varnost in za karabinerje, kot so storitve govorne telefonije, mobilne telefonije in prenosa podatkov“.

- 26 Obvestilo o oddaji naročila je bilo v *Uradnem listu Evropske unije* objavljeno 16. februarja 2012.
- 27 Družba Fastweb je pri Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (upravno sodišče v deželi Lacij) vložila tožbo za razveljavitev oddaje javnega naročila in razglasitev neveljavnosti sklenjene pogodbe, ker niso izpolnjeni pogoji iz člena 28 Direktive 2009/81 in člena 57 zakonske uredbe št. 163/2006, določeni za uporabo postopka s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu.
- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio je tožbi družbe Fastweb ugodilo. Menilo je, da razlogi za uporabo tega postopka, na katere se je sklicevalo Ministero dell'Interno, ne pomenijo tehničnih razlogov v smislu člena 57(2)(b) zakonske uredbe št. 163/2006, zaradi katerih bi se lahko naročilo dodelilo samo enemu gospodarskemu subjektu, ampak prej razloge, ki se nanašajo na primernost. Čeprav je Tribunale amministrativo regionale per il Lazio razveljavilo oddajo naročila, je presodilo, da na podlagi člena 121(5) zakonika o upravnem postopku ni mogoče razglasiti neveljavnosti pogodbe, sklenjene 31. decembra 2011, ker so bili pogoji iz te določbe, določeni za izključitev uporabe tega načela, izpolnjeni. Vendar je na podlagi člena 122 tega zakonika ugotovilo, da je pogodba neveljavna od 31. decembra 2013.
- 29 Ministero dell'Interno in družba Telecom Italia sta zoper to sodbo vložila pritožbo pri Consiglio di Stato.
- 30 Consiglio di Stato je s sklepom z dne 8. januarja 2013 potrdilo razveljavitev zadevne oddaje naročila, ker Ministero dell'Interno ni dokazalo, da so bili pogoji za uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu izpolnjeni. V zvezi s tem je ugotovilo, da iz elementov iz spisa ni izhajalo, da objektivno istih naročil ni mogoče zaupati različnim gospodarskim subjektom, temveč da taka rešitev ni primerna, po mnenju Ministero dell'Interno zlasti zato, ker je to povezano s spremembami, stroški in časom za prilagajanje.
- 31 Čeprav Consiglio di Stato v zvezi s tem poudarja, da Direktiva 2009/81 za revizijo določa skoraj enako ureditev kot Direktiva 89/665, pa se v svojih stališčih osredotoča na Direktivo 89/665.
- 32 Ker pa se je Consiglio di Stato spraševalo o posledicah, ki jih je treba izpeljati iz te razveljavitve v zvezi z učinki zadevne pogodbe ob upoštevanju besedila člena 2d(4) Direktive 89/665, je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:
- „1. Ali se člen 2d(4) Direktive [89/665] razlaga tako, da naročnik, ki v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo za predhodno preglednost, preden neposredno odda naročilo gospodarskemu subjektu, izbranemu brez predhodne objave obvestila o naročilu, in s sklenitvijo pogodbe počaka vsaj deset dni, nacionalnemu sodišču – v vsakem primeru – samodejno prepreči, da naročilo razglasi za neveljavno, čeprav nacionalno sodišče ugotovi kršitev predpisov, ki pod nekaterimi pogoji omogočajo oddajo naročila brez izvedbe javnega razpisa?
 2. Ali je člen 2d(4) Direktive [89/665], če se razlaga tako, da izključuje možnost, da bi se v skladu z nacionalno zakonodajo (člen 122 zakonika o upravnem postopku) pogodba razglasila za neveljavno, kljub temu da je sodišče ugotovilo kršitev predpisov, ki pod nekaterimi pogoji omogočajo oddajo naročila brez izvedbe javnega razpisa, skladen z načeli enakosti strank, prepovedi diskriminacije in varstva konkurence ter zagotavlja pravico do učinkovitega pravnega sredstva, ki jo zagotavlja člen 47 Listine [...]?”

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

- 33 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 2d(4) Direktive 89/665 razlagati tako, da kadar je bilo naročilo oddano brez predhodnega obvestila o naročilu, čeprav pogoji iz Direktive 2004/18 za izvedbo tega postopka niso bili izpolnjeni, ta določba izključuje, da se naročilo razglasi za neveljavno, če je naročnik v *Uradnem listu Evropske unije* objavil obvestilo za zagotovitev prostovoljne preglednosti in je pred oddajo javnega naročila spoštoval minimalno obdobje mirovanja desetih dni od dneva, ki sledi datumu objave tega obvestila.
- 34 Na začetku je treba navesti, da je cilj določb Direktive 89/665, namenjenih varstvu ponudnikov pred samovoljnim ravnanjem naročnikov, okrepitev obstoječih mehanizmov za zagotovitev učinkovitega izvajanja pravil Unije na področju oddaje javnih naročil, zlasti v fazi, ko je kršitve mogoče še popraviti (sodba Komisija/Avstrija, C-212/02, EU:C:2004:386, točka 20 in navedena sodna praksa).
- 35 Poleg tega je, kot je razvidno iz uvodnih izjav 3 in 4 Direktive 2007/66, njen namen povečati zagotovila glede preglednosti in prepovedi diskriminacije, ki so cilj Direktive 89/665, da bi se okrepila učinkovitost revizijskih postopkov, ki so jih v državah članicah začele osebe z interesom pridobiti neko naročilo.
- 36 Člen 1(1), tretji pododstavek, Direktive 89/665 državam članicam nalaga, naj sprejmejo potrebne ukrepe, da se zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih od 2 do 2f navedene direktive.
- 37 Za to člen 2 Direktive 89/665, naslovljen „Zahteve za revizijske postopke“, v odstavku 1(b) določa, da države članice zagotovijo, da ima revizijski organ pooblastila, da se razveljavi ali zagotovi razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev.
- 38 Člen 2d(1)(a) Direktive 89/665 v zvezi s tem zahteva, naj revizijski organ razglasi naročilo za neveljavno, če je naročnik oddal naročilo, ne da bi prej objavil obvestilo o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* in ne da bi bilo to dovoljeno na podlagi določb Direktive 2004/18/ES.
- 39 Vendar je zakonodajalec v členu 2d(4) Direktive 89/665 določil izjemo od pravila o neveljavnosti naročila. V skladu s to določbo se to pravilo ne uporablja, če, prvič, naročnik meni, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z Direktivo 2004/18, drugič, naročnik v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo o nameri o sklenitvi pogodbe, kakor določa člen 3a Direktive 89/665, in tretjič, pogodba ni bila sklenjena, preden je poteklo vsaj deset koledarskih dni od dneva, ki sledi datumu objave tega obvestila.
- 40 Ker pomeni člen 2d(4) Direktive 89/665 izjemo od pravila o neveljavnosti naročila v smislu člena 2d(1) navedene direktive, ga je treba razlagati ozko (glej po analogiji sodbo Komisija/Nemčija, C-275/08, EU:C:2009:632, točka 55 in navedena sodna praksa). Vendar pa mora biti razlaga te izjeme v skladu s cilji, ki jih uresničuje. To pravilo ozke razlage tako ne pomeni, da je treba izraze, uporabljene za opredelitev izjeme iz navedenega člena 2d(4) Direktive 89/665, razlagati tako, da bi se tej izjemi odvzeli učinki (glej po analogiji sodbo Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, točka 30 in navedena sodna praksa).
- 41 Družba Fastweb zatrjuje, da je v skladu s cilji Direktive 89/665 ter pravili o svobodi ustanavljanja in o konkurenci, ki jih pravo Unije na področju oddaje javnih naročil uresničuje, ta izjema le fakultativna. V zvezi s tem zatrjuje, da je iz uvodnih izjav od 20 do 22 Direktive 2007/66 razvidno, da člen 2d(4) Direktive 89/665 ne izključuje uporabe strožjih sankcij na podlagi nacionalne zakonodaje in torej možnosti, da nacionalno sodišče po tehtanju obstoječih splošnih in individualnih interesov odloči, ali je treba razglasiti neveljavnost naročila.

- 42 V zvezi s tem je treba navesti, da se na podlagi člena 2(7) Direktive 89/665, razen v primerih, navedenih v členih od 2d do 2f te direktive, učinki izvajanja pooblastil iz odstavka 1 navedenega člena 2 na pogodbo, ki se sklene po oddaji naročila, določijo v skladu z nacionalno zakonodajo. Iz tega izhaja, da so zlasti v primerih iz člena 2d navedene direktive ukrepi, ki jih je mogoče sprejeti kot pravna sredstva, vložena proti naročnikom, določeni le v skladu s pravili iz te direktive. V zvezi s tem je treba spomniti, da na podlagi člena 2(7) Direktive 89/665 za primere, določene v členih od 2d do 2f te direktive, ne velja splošno pravilo, v skladu s katerim se učinki kršitve prava Unije na področju javnih naročil določijo v skladu z nacionalnim pravom. Države članice zato v svojem nacionalnem pravu ne morejo sprejeti določb o učinkih kršitev prava Unije na področju javnih naročil v okoliščinah, kot so te, določene v členu 2d(4) te direktive.
- 43 Čeprav je iz uvodnih izjav 13 in 14 Direktive 2007/66 razvidno, da je nezakonita oddaja naročil na podlagi neposrednega dogovora najhujša kršitev prava Unije na področju javnih naročil, za katero je treba kot sankcijo določiti neveljavnost pogodbe, pa je v uvodni izjavi 26 te direktive poudarjena nujnost izogibanja pravni negotovosti, ki bi lahko nastala zaradi te neveljavnosti v konkretnem primeru, določenem v členu 2d(4) Direktive 89/665.
- 44 Kot je generalni pravobranilec navedel v točki 57 sklepnih predlogov, je zakonodajalec Unije z uvedbo te izjeme od pravila o neveljavnosti pogodbe v členu 2d(4) Direktive 89/665 želel uskladiti različne zadevne interese, in sicer interes oškodovanega podjetja, ki mu je treba dati možnost vložitev predloga za izdajo začasne odredbe pred sklenitvijo pogodbe in razveljavitev nezakonito sklenjene pogodbe, ter interes naročnika in izbranega podjetja, kar pomeni izognitev pravni negotovosti, ki bi lahko nastala zaradi neobstoja učinkov pogodbe.
- 45 Ob upoštevanju navedenega je treba ugotoviti, da bi bilo to, da bi se nacionalnim sodiščem omogočilo, da razglasijo neveljavnost naročila, če so trije pogoji iz člena 2d(4) Direktive 89/665 izpolnjeni, v nasprotju z besedilom in ciljem te določbe.
- 46 Vendar je, da bi uresničili cilje iz člena 1(1), tretji pododstavek, Direktive 89/665, zlasti z vzpostavitvijo učinkovitih pravnih sredstev zoper odločitve naročnikov, ki so v nasprotju s pravom o javnih naročilih, pomembno, da revizijski organ ustrezno preveri, ali so pogoji iz člena 2d(4) Direktive 89/665 izpolnjeni.
- 47 Podrobneje, pogoj iz navedenega člena 2d(4), prva alineja, se nanaša na to, da naročnik meni, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z Direktivo 2004/18. Poleg tega pogoj iz druge alineje člena 2d(4) Direktive 89/665 določa, da naročnik v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo o nameri za sklenitev pogodbe, kakor določa člen 3a navedene direktive. Člen 3a(c) določa, da mora obvestilo vsebovati utemeljitev odločitve naročnika o oddaji naročila brez predhodne objave obvestila.
- 48 V zvezi s tem morajo biti v navedeni utemeljitvi jasno in nedvoumno navedeni razlogi, zaradi katerih je naročnik ocenil, da naročilo lahko odda brez predhodne objave obvestila o naročilu, da bi se zainteresiranim osebam omogočilo, da se ob popolnem poznavanju zadeve odločijo, ali je koristno vložiti pravno sredstvo pri revizijskem organu, in zadnjenavedenemu, da opravi učinkovito revizijo.
- 49 Tako kot je razvidno iz predložitvene odločbe, je v postopku v glavni stvari naročnik izvedel postopek s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu na podlagi člena 31(1)(b) Direktive 2004/18. V zvezi s tem je treba navesti, da je postopek s pogajanji mogoče izvesti le v okoliščinah, ki so izčrpno navedene v členih 30 in 31 Direktive 2004/18, in da je ta postopek v primerjavi z odprtimi in omejenimi postopki izjemen (sodba Komisija/Belgija, C-292/07, EU:C:2009:246, točka 106 in navedena sodna praksa).

- 50 Revizijski organ mora v okviru revizije presoditi, ali je naročnik ob sprejemanju odločitve o oddaji javnega naročila na podlagi postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu ravnal skrbno in ali je lahko presodil, da so bili pogoji iz člena 31(1)(b) Direktive 2004/18 dejansko izpolnjeni.
- 51 Med elementi, ki jih mora ta revizijski organ upoštevati v zvezi s tem, so okoliščine in razlogi, navedeni v obvestilu iz člena 2d(4), druga alineja, Direktive 89/665, na podlagi katerih je naročnik izvedel postopek s pogajanjem iz člena 31 Direktive 2004/18.
- 52 Če revizijski organ na podlagi svoje revizije ugotovi, da pogoji iz člena 2d(4) Direktive 89/665 niso izpolnjeni, mora torej razglasiti neveljavnost naročila v skladu s pravilom iz odstavka (1)(a) tega člena. V skladu z nacionalnim pravom mora določiti posledice ugotovitve neveljavnosti naročila na podlagi člena 2d(2) Direktive 89/665.
- 53 Če pa navedeni organ ugotovi, da so pogoji izpolnjeni, mora v skladu s členom 2d(4) Direktive 89/665 ohraniti učinke naročila.
- 54 Na prvo vprašanje je treba torej odgovoriti tako, da je treba člen 2d(4) Direktive 89/665 razlagati tako, da kadar je bilo naročilo oddano brez predhodnega obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, čeprav to na podlagi Direktive 2004/18 ni bilo dovoljeno, ta določba izključuje, da se to naročilo razglasi za neveljavno, če so izpolnjeni pogoji iz navedene določbe, kar mora preveriti predložitveno sodišče.

Drugo vprašanje

- 55 Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem, če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, v bistvu sprašuje, ali je člen 2d(4) Direktive 89/665 ob upoštevanju načela prepovedi diskriminacije in pravice do učinkovitega pravnega sredstva, ki jo zagotavlja člen 47 Listine, veljaven.
- 56 Družba Fastweb v zvezi s tem navaja, da objava obvestila za predhodno preglednost v *Uradnem listu Evropske unije* in spoštovanje minimalnega obdobja mirovanja vsaj deset dni med to objavo in oddajo naročila ne zagotavljata spoštovanja načela učinkovitega sodnega varstva. Taka objava namreč ne zagotavlja, da bodo potencialni konkurenti obveščeni o oddaji naročila gospodarskemu subjektu, zlasti če do objave pride v obdobju, ko je dejavnosti manj ali jih trenutno ni.
- 57 Glede temeljne pravice do učinkovitega sodnega varstva člen 47, prvi odstavek, Listine določa, da ima vsakdo, čigar pravice in svoboščine, zagotovljene s pravom Unije, so kršene, pravico do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v skladu s pogoji, določenimi v navedenem členu.
- 58 Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je s temeljno pravico do učinkovitega sodnega varstva združljiva določitev razumnih prekluzivnih rokov za vložitev pravnih sredstev zaradi pravne varnosti, pri čemer se ščitita tako posameznik kot zadevni organ. Ti roki namreč v praksi ne onemogočajo ali občutno otežujejo uresničevanja pravic, ki jih daje pravni red Unije (glej v tem smislu sodbo Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, točka 30 in navedena sodna praksa).
- 59 Poleg tega je cilj določb Direktive 89/665, namenjenih varstvu ponudnikov pred samovoljnim ravnanjem naročnikov, okrepitev obstoječih mehanizmov za zagotovitev učinkovitega izvajanja pravil Unije na področju oddaje javnih naročil, zlasti v fazi, ko je kršitve mogoče še popraviti. Tako varstvo ne more biti učinkovito, če se zainteresirana oseba v postopku proti naročniku ne more sklicevati na ta pravila (glej v tem smislu sodbo Komisija/Avstrija, EU:C:2004:386, točka 20).

- 60 Učinkovito sodno varstvo zahteva, da so zainteresirane osebe obveščene o sklepu o oddaji naročila v določenem času pred oddajo naročila, da bi imele dejansko možnost vložiti pravno sredstvo in predvsem predlog za izdajo začasne odredbe do navedene oddaje (glej v tem smislu sodbi Komisija/Španija, C-444/06, EU:C:2008:190, točki 38 in 39, in Komisija/Irska, C-456/08, EU:C:2010:46, točka 33).
- 61 Člen 2d(4), druga alineja, Direktive 89/665 s tem, da določa objavo obvestila, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* v smislu člena 3a Direktive 89/665, zagotavlja preglednost oddaje naročila. Tako je namen te določbe zagotoviti, da se lahko vsi potencialni zadevni kandidati seznanijo s sklepom naročnika o oddaji naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu. Poleg tega mora v skladu s tretjo alinejo te določbe naročnik spoštovati desetdnevno obdobje mirovanja. Zainteresirane osebe imajo tako možnost, da pri sodišču izpodbijajo oddajo naročila pred sklenitvijo pogodbe.
- 62 Poleg tega je treba navesti, da čeprav se je obdobje mirovanja vsaj deset koledarskih dni, določeno v členu 2d(4) Direktive 89/665, izteklo, lahko oškodovani subjekti vložijo odškodninsko tožbo na podlagi člena 2(1)(c) Direktive 89/665.
- 63 V zvezi s tem je treba, kot je razvidno iz točke 44 te sodbe, upoštevati, da zakonodajalec Unije z izjemo iz člena 2d(4) Direktive 89/665 želi uskladiti različne zadevne interese, in sicer interes oškodovanega podjetja, ki mu je treba dati možnost vložitve predloga za izdajo začasne odredbe pred sklenitvijo pogodbe in za razveljavitev nezakonito sklenjene pogodbe, ter interes naročnika in izbranega podjetja, pri čemer se omeji pravna negotovost, ki bi lahko nastala zaradi neobstoja pravnih učinkov naročila.
- 64 Ob upoštevanju zgoraj navedenega je treba ugotoviti, da člen 2d(4) Direktive 89/665 s tem, da določa ohranitev učinkov naročila, ni v nasprotju z zahtevami iz člena 47 Listine.
- 65 Enako velja za načelo prepovedi diskriminacije, ki na področju javnih naročil uresničuje enake cilje, vključno z zagotovitvijo prostega pretoka storitev in vzpostavitvijo neizkrivljene konkurence v vseh državah članicah (glej zlasti sodbi Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, točka 48, in Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, točka 28). Kot je bilo že namreč ugotovljeno v točki 61 te sodbe, je cilj člena 2d(4), druga alineja, Direktive 89/665 zagotoviti, da se lahko vsi potencialni kandidati seznanijo s sklepom naročnika o oddaji naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu in tako zoper ta sklep vložijo pravno sredstvo za nadzor zakonitosti.
- 66 Glede na navedeno je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da preizkus tega vprašanja ni pokazal ničesar, kar bi vplivalo na veljavnost člena 2d(4) Direktive 89/665.

Stroški

- 67 Ker je ta postopek za stranki 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 (peti senat) razsodilo:

1. Člen 2d(4) Direktive Sveta 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 (89/665/EGS), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007, je treba razlagati tako, da kadar je bilo naročilo oddano brez predhodnega obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, čeprav to na podlagi Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne

31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev ni bilo dovoljeno, ta določba izključuje, da se to naročilo razglasi za neveljavno, če so izpolnjeni pogoji iz navedene določbe, kar mora preveriti predložitveno sodišče.

- 2. Preizkus tega vprašanja ni pokazal ničesar, kar bi vplivalo na veljavnost člena 2d(4) Direktive 89/665, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66.**

Podpisi