



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 30. junija 2016¹

Zadeva C-171/15

**Connexion Taxi Services BV
proti
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,
in
Zorgvervoercentrale Nederland BV**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske))

„Javna naročila — Postopek izbire — Pogoji za ugotavljanje sposobnosti — Neobvezni razlogi za izključitev — Huda poklicna napaka — Načelo sorazmernosti — Možnost presoje, ki ni zajeta v opisnem dokumentu — Obseg sodnega nadzora“

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je predložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), se nanaša, prvič, na eno od najpogostejših težav pri razlagi Direktive 2004/18/ES², torej na pristojnost držav članic, da nekatere ponudnike izključijo iz postopka oddaje javnih naročil. Predložitveno sodišče sprašuje tudi o obsegu sodnega nadzora pri pravnih sredstvih, ki se vložijo v skladu z Direktivo 89/665/EGS³.

2. V obravnavanem primeru je eden od ponudnikov zagrešil hudo poklicno napako; tako ravnanje je bilo v „opisnem dokumentu“⁴ javnega naročila določeno kot razlog za (samodejno?) izključitev. Vendar naročnik ni le dopustil njegove udeležbe v postopku za oddajo naročila, ampak mu ga je nazadnje tudi oddal.

3. Na podlagi Direktive 2004/18 (konkretno njenega člena 45(2)(d)) lahko države članice, če to želijo, ta pogoj vključijo v nacionalno ureditev o javnih naročilih. Hoge Raad (vrhovno sodišče) želi izvedeti, ali ima naročnik kljub pogojem iz opisnega dokumenta možnost, da kršitveno ravnanje ponudnika pretehta ob upoštevanju načela sorazmernosti in nazadnje celo ne upošteva njegove izključevalnosti.

1 — Jezik izvirnika: španščina.

2 — Direktiva 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) (v nadaljevanju: Direktiva 2004/18).

3 — Direktiva 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 (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 2007, L 335, str. 31) (v nadaljevanju: Direktiva 89/665), ki se *ratione temporis* uporabi za obravnavani primer.

4 — Izraz „opisni dokument“ se v Direktivi 2004/18 pojavlja skupaj – glede na primer – z izrazi „javni razpis“ (člen 29) ali „razpisna dokumentacija“ in „dodatni dokumenti“ (člen 40).

4. Za primer, da se ugotovi, da naročnik to možnost ima, predložitveno sodišče postavlja vprašanje o poglobljenosti sodnega nadzora nad sprejeto odločbo. Konkretnije, sprašuje o tem, ali je s pravom Unije združljivo to, da je nadzor, ki ga v takih primerih izvaja sodišče, omejen zgolj na presojo „razumnosti“ upravne odločbe.

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

Direktiva 2004/18

5. Člen 45 določa:

„2. Vsak gospodarski subjekt je lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če:

[...]

(d) je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bilo [bila] dokazano [dokazana] s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo;

[...].“

6. Člen 45(2), zadnji pododstavek, določa:

„Države članice morajo določiti izvedbene pogoje za ta odstavek v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju zakonodaje Skupnosti.“

Direktiva 89/665

7. Člen 1(1), tretji pododstavek, določa:

„Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive 2004/18/ES 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 [...te direktive, če so] takšne odločitve kršile zakonodajo Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o izvajanju te zakonodaje.“

8. Člen 2(1) določa:

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

(a) se kar najbolj zgodaj in z začasnimi [nujnimi] postopki sprejmejočasni ukrepi, s katerimi naj bi se odpravile domnevne kršitve ali preprečilo nadaljnje škodovanje zadevnim interesom, vključno z ukrepi, s katerimi se začasno prekine ali zagotovičasna prekinitev postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

(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.“

B – Nacionalno pravo

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten⁵

9. V členu 45(3) so navedeni neobvezni razlogi za izključitev iz člena 45(2) Direktive 2004/18.

10. V skladu z „Nota van toelichting“ (pojasnjevalna opomba)⁶, ki je priložena k Bao, mora biti presoja, ali bo dejansko prišlo do izključitve, ob upoštevanju splošnih načel Direktive 2004/18 vedno sorazmerna in opravljena na podlagi nediskriminatornih pogojev; naročniki morajo glede na naravo in velikost javnega naročila, vrsto in obseg napake ter ukrepe, ki jih je medtem sprejelo podjetje, za vsak primer posebej preučiti, ali je treba to podjetje izključiti iz postopka oddaje ponudb.

II – Dejansko stanje spora in vprašanja za predhodno odločanje

11. Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (ministrstvo za zdravje, javno blaginjo in šport; v nadaljevanju: VWS) je 10. julija 2012 razpisalo evropski postopek za oddajo javnega naročila za „storitev rekreativno-socialnega medregionalnega prevoza oseb z omejeno mobilnostjo“ (v nadaljevanju: naročilo). Trajanje naročila je presegalo tri leta, njegova gospodarska vrednost pa je bila približno 60 milijonov EUR letno.

12. V skladu z odstavkom 3.1 („Razlogi za izključitev in zahteve za ustreznost“) opisnega dokumenta se „ponudba, za katero se lahko uporabi razlog za izključitev, izloči in ne upošteva pri naknadni (vsebinski) presoji“.

13. V zvezi z razlogi, ki jih morajo izpolnjevati ponudniki, opisni dokument napotuje na prilogo z naslovom „Enotna lastna izjava za postopke za oddajo javnih naročil“ (ki se mora obvezno priložiti k ponudbi).

14. V skladu z opisnim dokumentom „ponudnik s podpisom lastne izjave za postopke za oddajo javnih naročil izjavi, da zanj ni mogoče uporabiti nobenega od razlogov za izključitev“.

15. Enotna lastna izjava napotuje na člen 45 Bao, v njej pa je navedeno, kateri neobvezni razlogi za izključitev se uporabijo. Od ponudnika se med drugim zahteva izjava, da „niti njegovo podjetje niti vodstveni delavci tega podjetja niso zagrešili hude napake v okviru svoje poklicne dejavnosti“.

16. Postopka za oddajo javnega naročila sta se med drugim udeležili družba Connexion Taxi Services BV (v nadaljevanju: Connexion) in združenje podjetij, ki ga sestavljajo družbe Transvision, RMC in ZCN (v nadaljevanju: združenje podjetij).

17. VWS je z dopisom z dne 8. oktobra 2012 družbo Connexion obvestilo, da je njena ponudba zasedla drugo mesto in da namerava naročilo oddati združenju podjetij.

5 — Uredba o pravilih za oddajo javnih naročil (v nadaljevanju: Bao). Ob oddaji naročila, ki je predmet spora, še ni bil uveljavljen Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (zakon o javnih naročilih z dne 1. novembra 2012).

6 — V odgovoru na vprašanje, ki ga je postavilo Sodišče, je nizozemska vlada potrdila, da opomba ni del besedila Bao, čeprav je bila skupaj z njim objavljena v isti izdaji uradnega lista. V opombi so v okviru obrazložitve podani razlogi za sprejeto besedilo. Čeprav ni pravno zavezujoča, ima „pomen, ki je iz pravnega vidika pomemben in upošteven za razlago uredbe“.

18. Nederlandse Mededingingsautoriteit (nizozemski organ, pristojen za konkurenco) je 20. novembra 2012 družbi RMC in skupini BIOS, katere del je družba ZCN, na podlagi Mededingingswet (zakon o varstvu konkurence) izrekel nekatere kazni zaradi dejanj v zvezi s taksi prevozi na območju Rotterdama, do katerih je prišlo med 17. aprilom 2009 in 1. marcem 2011.

19. VWS je družbi Connexion z dopisom z dne 18. februarja 2013 sporočilo, da ne bo spremenilo odločitve o oddaji naročila združenju podjetij, ker bi bila, čeprav je to združenje storilo „hudo poklicno napako“, njegova izključitev nesorazmerna.

20. Družba Connexion je zoper odločitev VWS vložila tožbo, s katero je predlagala, naj se državi prepove, da bi naročilo oddala združenju podjetij; to je temu zahtevku nasprotovalo.

21. Voorzieningenrechter te Den Haag (sodišče začasne odredbe v Haagu) je zahtevku družbe Connexion ugodilo in v obrazložitvi navedlo, da VWS po ugotovitvi, da je združenje podjetij storilo hudo poklicno napako, ni imelo več polja za izvedbo preizkusa sorazmernosti.

22. Gerechtshof Den Haag (pritožbeno sodišče v Haagu) je na podlagi pritožbe sodbo sodišča začasne odredbe razveljavilo in državi naložilo, naj naročilo odda, če to še želi storiti, združenju podjetij.

23. Po mnenju Gerechtshof (pritožbeno sodišče) lahko v skladu z Direktivo 2004/18 države članice ravnajo kot nizozemski zakonodajalec, ki je člen 45(2) te direktive v celoti prenesel v člen 45(3) Bao, nato pa naročnike pooblastil, da podrobneje določijo razloge za izključitev.

24. Gerechtshof (pritožbeno sodišče) je menilo, da preizkus sorazmernosti – ne glede na vprašanje, ali se s predpisi Evropske unije na področju javnih naročil zahteva, da se tak preizkus opravi – s pravom Unije ni prepovedan. Iz nizozemske ureditve naj bi bilo poleg tega razvidno, da izključitev ni nujno samodejna in da mora naročnik preučiti, ali bi bila sorazmerna.

25. Gerechtshof (pritožbeno sodišče) je dodalo, da je treba odločitev VWS obravnavati zadržano, zlasti glede na to, da sporna huda poklicna napaka (še) ni bila pravnomočno ugotovljena. Glavno vprašanje naj bi bilo, ali je VWS lahko razumno sklepalo, da bi bila izključitev združenja podjetij nesorazmerna. Meni, da ni upoštevno, da je v opisnem dokumentu kot vzrok za izločitev ponudnika naveden obstoj razloga za izključitev, in trdi, da bi odločitev VWS lahko vzdržala „obrobno“⁷ presojo s strani sodišča.

26. Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), pred katerim se izpodbija sodba pritožbenega sodišča, opaža določeno navzkrižnost med (a) naročniku zakonsko naloženo obveznostjo, da v zvezi z neobveznimi razlogi za izključitev opravi presojo sorazmernosti, da bi ugotovil, ali mora biti njihova posledica izključitev, in (b) opisnim dokumentom javnega naročila, na podlagi katerega je treba zavrniti ponudbe, pri katerih je podan razlog za izključitev.

27. Predložitveno sodišče dvomi o tem, ali so z uporabo merila sorazmernosti spoštovana načela enakosti, preglednosti in javnosti, če omenjeno merilo ni bilo izrecno vključeno v opisni dokument.

28. Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske) poleg tega meni, da bi bila, če bi moralo sodišče presojati vsebino odločbe upravnega organa, njegova pristojnost v skladu z nizozemskim pravom omejena na „obroben“ preizkus odločitve naročnika, pri katerem bi šlo zgolj za ugotavljanje, ali se lahko šteje, da je ta pri sprejetju svoje odločitve ravnal razumno.

7 — V španskem prevodu je podan pridevnik „sumario“, medtem ko je v nizozemskem izvorniku uporabljen izraz „marginale“ (marginalen, obroben). Uporabil bom slednjega, ki ustreza temu, ki je naveden v vprašanju za predhodno odločanje.

29. V teh okoliščinah je Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske) oblikovalo ti vprašanji za predhodno odločanje:

- „1. a) Ali pravo Unije, predvsem člen 45(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, nasprotuje temu, da nacionalno pravo zavezuje naročnika, da ob uporabi načela sorazmernosti preuči, ali je treba ponudnika, ki je zagrešil hudo poklicno napako, dejansko izključiti?
 - b) Ali je pri tem pomembno, da je naročnik v pogoje javnega razpisa vključil določbo, v skladu s katero se ponudba, za katero se uporabi razlog za izključitev, ne upošteva in ne pride v poštev za podrobnejšo vsebinsko presojo?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen: ali pravo Unije nasprotuje temu, da nacionalna sodišča presoje na podlagi načela sorazmernosti, kakor jo je v konkretnem primeru opravil naročnik, ne preizkusijo „izčrпно“, ampak se zadovoljijo z („obrobni“) preizkusom tega, ali je naročnik na podlagi razumne presoje lahko odločil, da ponudnika, ki je zagrešil hudo poklicno napako v smislu člena 45(2), prvi pododstavek, Direktive [2004/18], vendarle ne izključi?“

III – Povzetek trditev strank

A – Prvo vprašanje za predhodno odločanje

30. Družba Connexion meni, da naročnik po tem, ko je ugotovil, da je ponudnik zagrešil hudo poklicno napako, ne more opraviti presoje sorazmernosti. Ta presoja je bila opravljena že s tem, da je bilo kršitveno ravnanje v opisnem dokumentu določeno kot razlog za izključitev. Glede na besedilo opisnega dokumenta bi bilo to, da lahko naročnik presoja sorazmernost vzroka za izključitev, v nasprotju z načeli javnosti, preglednosti in enakosti v postopkih oddaje javnih naročil.

31. Vse preostale stranke so zagovarjale nasprotno stališče. Vključitev neobveznih razlogov za izključitev je v domeni držav članic, ki imajo na tem področju svobodo odločanja. V okviru te svobode z Direktivo 2004/18 ni preprečeno, da se izločitev ponudnikov, glede katerih so bili ugotovljeni neobvezni razlogi za izključitev, pogoji s predhodno presojo sorazmernosti. V zvezi s tem, da je v opisnem dokumentu huda poklicna napaka navedena kot zadostni razlog za izključitev kršitelja, pa trdijo, da taka možnost ni ovira za to, da naročnik uporabi splošno pravilo, torej da pred uporabo tega razloga za izključitev opravi presojo sorazmernosti.

B – Drugo vprašanje za predhodno odločanje

32. Družba Connexion zagovarja stališče, da lahko sodišče opravi neomejen preizkus upravne odločbe.

33. Nizozemska vlada in združenje podjetij pa se zavzemata za to, da bi bil sodni nadzor omejen na – *obrozen* – preizkus razumnosti naročnikove odločitve.

34. Komisija meni, da bi moral biti obseg sodne obravnave širši in da bi sodišče moralo imeti možnost preveriti vsebinsko pravilnost ugotovitev o dejanskem stanju in neobstoj očitne napake pri presoji, pa tudi pravilnost, popolnost in verodostojnost okoliščin, ki so podlaga za naročnikovo odločitev.

35. Italijanska vlada meni, da nacionalni zakonodajalec sam določi vrsto ustreznega preizkusa, saj s pravom Unije ni zahtevano, da se s presojo nacionalnega sodišča v celoti nadomesti vsebinska presoja naročnika.

IV – Presoja

A – Prvo vprašanje za predhodno odločanje, točka (a)

36. Ali je z Direktivo 2004/18 združljivo to, da država članica naročnike obveže, da v zvezi z morebitno izključitvijo ponudnikov, ki so zagrešili hudo poklicno napako, opravijo presojo sorazmernosti?

37. Pred odgovorom na to vprašanje je treba pojasniti dve stvari. Glede na podatke iz predložitvenega sklepa združenje podjetij niti na datum, ko so ponudniki predložili svoje ponudbe, niti na datum, ko je naročnik sprejel odločitev o oddaji naročila (8. oktober 2012), ni bilo kaznovano zaradi storitve hude napake. Nizozemski organ za varstvo konkurence je šele pozneje (20. novembra 2012) nekaterim od članov tega združenja naložil kazni zaradi kršitev pravil konkurence, storjenih pred leti. Predložitveno sodišče bo moralo samo presoditi, ali se ta kazen, ki je bila naložena po predložitvi ponudb in prvotni odločitvi o oddaji naročila, lahko šteje za veljaven razlog za izključitev kršitelja, ki je že predložil svojo ponudbo (pri čemer iz nje seveda ni bila razvidna huda napaka, ki do takrat iz pravnega vidika ni obstajala).

38. Če predložitveno sodišče meni, da je zaradi kazni, naložene ponudniku, kljub vsemu upravičeno, da se lahko šteje⁸ za odgovornega za „hudo poklicno napako“, se postavlja vprašanje glede uporabe tega razloga za izključitev, in sicer ali je ta samodejna ali pa mora biti prej opravljena presoja njegove sorazmernosti.

39. Druga pojasnitev se nanaša na razlago nacionalnih predpisov, za katero je izključno pristojno predložitveno sodišče. Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske) v predložitvenem sklepu navaja, da „nacionalno pravo naročnika zavezuje, da v primeru možnosti uporabe katerega od neobveznih razlogov za izključitev, navedenih v členu 45(3) Bao, na podlagi načela sorazmernosti določi, ali mora dejansko priti do izključitve zadevnega ponudnika“. S tem je, kar zadeva primer, na katerega se nanaša predlog za sprejetje predhodne odločbe, razrešeno vprašanje glede zadostne pravne podlage za „obveznost“ izvedbe presoje sorazmernosti (in posredno glede upoštevnosti pojasnjevalne opombe k Bao).

40. Po teh pojasnitvah je odgovor na vprašanje brez večjih težav mogoče razbrati iz sodne prakse, ki jo je Sodišče oblikovalo pred Direktivo 2004/18 in po njej.⁹

41. V obdobju, v katerem se je uporabljala Direktiva 92/50/EGS¹⁰ (katere člen 29 je bil formuliran podobno kot člen 45(2) Direktive 2004/18), je Sodišče v sodbi La Cascina in drugi¹¹ poudarilo, da je uporaba neobveznih razlogov za izključitev prepuščena presoji držav članic, o čemer priča izraz „iz sodelovanja pri naročilu se lahko izključi [...]“, uporabljen na začetku člena 29. Države članice ne morejo določiti drugih razlogov za izključitev od teh, ki so določeni,¹² vendar pa člen 29 Direktive 92/50 ne določa enotne uporabe teh razlogov za izključitev.¹³

8 — Menim, da za gospodarski subjekt do izreka kazni velja domneva nedolžnosti in da ga dotlej ni mogoče šteti za odgovornega za hudo napako, in sicer tudi če so bili elementi dejanskega stanu te kršitve izpolnjeni (vendar ne še ugotovljeni) pred datumom objave javnega razpisa.

9 — V predložitveni odločbi in stališčih strank je kot dodatno razlagalno merilo omenjena uvodna izjava 101 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65). V skladu z njo bi morali javni naročniki pri uporabi neobveznih razlogov za izključitev posebno pozornost nameniti načelu sorazmernosti. Čeprav se Direktiva 2014/24 *ratione temporis* ne more uporabiti za ta primer, pa njena preambula odraža sodno prakso Sodišča na tem področju.

10 — Direktiva Sveta z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322).

11 — Sodba z dne 9. februarja 2006 (C-226/04 in C-228/04, EU:C:2006:94, točki 21 in 23).

12 — Točka 22.

13 — Točka 23: „[...] države članice [imajo] možnost, da sploh ne uporabijo vseh razlogov za izključitev in se odločijo za čim širše sodelovanje v postopkih oddaje javnih naročil ali da jih vključijo v nacionalne predpise s stopnjo strogosti, ki bi se, odvisno od primera, lahko spreminjala glede na ugotovitve pravne, gospodarske ali socialne ureditve, ki prevladuje[jo] na nacionalni ravni. V tem okviru lahko države članice omilijo merila, določena v členu 29 Direktive, ali jih opredelijo proznejše.“

42. Sodišče je v obdobju, v katerem se je že uporabljala Direktiva 2004/18, enako razlogovalo v sodbi *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*¹⁴, v točki 35 katere so ponovljeni argumenti iz sodbe *La Cascina* in drugi¹⁵. Ponovilo je, da morajo države članice pogoje za izvajanje člena 45(2) Direktive 2004/18 določiti v skladu s svojo nacionalno zakonodajo in ob upoštevanju prava Unije. Sodišče je torej znova potrdilo, da imajo države članice možnost, da privzamejo razloge za izključitev in jih, če želijo, opredelijo prožneje.

43. Če lahko države članice določijo, kateri razlogi za izključitev – od teh, ki so v Direktivi 2004/18 opredeljeni kot neobvezni – se uporabljajo v njihovih pravnih redih, je logično, da lahko prav tako opredelijo pogoje ali zahteve za njihovo uporabo. Zato lahko te razloge oblikujejo bolj ali manj strogo in če želijo določiti, da je treba v zvezi z vsakim ali nekaterimi od njih opraviti presojo ali preverjanje sorazmernosti *ad casum*, Direktiva 2004/18 temu nikakor ne nasprotuje.

44. Vendar je iz sodbe *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*¹⁶ razvidno, da izvajanje te pristojnosti s strani držav članic ni brezpogojno. Unija po eni strani pripisuje velik pomen svobodi ustanavljanja in svobodnemu opravljanju storitev, zaradi česar si prizadeva za to, da bi bili postopki oddaje naročil odprti za kar najširši krog ponudnikov; uporaba neobveznih razlogov za izključitev pa bi lahko pomenila oviro za uresničevanje tega namena. Po drugi strani pa je legitimno, da se razlogi za izključitev upravičijo z razlogi javnega interesa, kot so zagotovitev zanesljivosti, vestnosti in resnosti ponudnika. Za preverjanje tega navzkrižja interesov se Sodišče sklicuje na načelo sorazmernosti.

45. Posledica te sodne prakse je, da z nacionalnim zakonom, na podlagi katerega lahko naročnik ponudnike, kaznovane zaradi hude poklicne napake, izključi le, če meni, da je njihova izločitev iz tega razloga skladna z načelom sorazmernosti, nista kršena niti člen 45(2) Direktive 2004/18 niti pravo Unije.

B – Prvo vprašanje za predhodno odločanje, točka (b)

46. V opisnem dokumentu javnega naročila izključitev ponudnika, ki je storil hudo poklicno napako, ni pogojena s presojo sorazmernosti. Predložitveno sodišče se zato sprašuje, ali je v obravnavani zadevi samo besedilo tega opisnega dokumenta relevantno.

47. Pri odgovoru na to vprašanje je treba izhajati iz odgovora na prejšnje vprašanje: presoja sorazmernosti *ad casum* v zvezi z neobveznimi razlogi za izključitev je zahtevana z nizozemskimi predpisi, ki se uporabljajo za javno naročanje (v danem primeru je to Bao), in poleg tega ni v nasprotju s pravom Unije. Ali torej prevlada pravilo, s katerim je to določeno na splošno, ali pa naročnika zavezuje posamezno določilo opisnega dokumenta, v skladu s katerim je pri tem posebnem razpisu treba izločiti ponudnika, ki je storil hudo kršitev?

48. Ponavljam, Sodišče ne more nadomestiti nacionalnega sodišča pri razlagi prava njegove države. Kljub temu menim, da je, presojano izključno z vidika nacionalnega prava, določilo opisnega dokumenta mogoče uskladiti s splošnim pravilom. Drugačno stališče bi pomenilo dopustitev, da se nekatere obvezne določbe, ki se uporabljajo za javno naročanje, za posamezen primer lahko razveljavijo s posebnim aktom, v katerem niso spoštovane.

14 — Sodba z dne 10. julija 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

15 — Sodba z dne 9. februarja 2006 (C-226/04 in C-228/04, EU:C:2006:94).

16 — Sodba z dne 10. julija 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063, točke 29, 31 in 32).

49. „Skladna razlaga“ določila opisnega dokumenta, s katero bi se uskladil z Bao, je izvedljiva brez pretiranih razlagalnih težav, če se izhaja iz skupnega upoštevanja celotnega normativnega okvira, ki se uporablja za javno naročanje. Neobvezni razlogi za izključitev ne delujejo v praznini, ampak znotraj predhodno določenega pravnega okvira, ki ga morajo upoštevati: lahko torej učinkujejo le, če so podani pogoji, ki so zakonsko določeni za njihovo uporabo. Eden od njih je ta, da se ravnanja presojuje z vidika sorazmernosti, če gre za kršitve, ki jih storijo ponudniki.

50. Če naročnik deluje v skladu s tem merilom, se dosledno ravna po splošnih smernicah, ki za ureditev javnega naročanja veljajo na Nizozemskem ter so določene v Bao in pojasnjevalni opombi k temu zakonu. Zato je treba sklepati, da je možnost naročnika, da kršitev ponudnika presoja ob upoštevanju načela sorazmernosti, določena implicitno, čeprav v opisnem dokumentu ni izrecno izražena.

51. Zahtevo iz točke 3.1 opisnega dokumenta („ponudba, za katero se lahko uporabi razlog za izključitev, se izloči“) je prav zaradi njene navidezne normativnosti po mojem mnenju treba prilagoditi razlagalnim smernicam, ki veljajo za vse podredne pravne predpise, ki ne morejo obstajati brez upoštevanja splošnejših predpisov, na katerih temeljijo. Če je v Bao določeno, da mora naročnik pred izključitvijo zaradi hude poklicne napake vsak konkretni primer preučiti „glede na naravo in velikost javnega naročila, vrsto in obseg napake ter ukrepe, ki jih je medtem sprejelo podjetje“, posledica tega, da v opisnem dokumentu ni določila glede te uporabe – nujne in za vsak primer ločene – načela sorazmernosti, ne more biti njegovo neupoštevanje.

52. Tej tezi je mogoče pritrditi z vidika prava Unije. Sodna praksa Sodišča, ki je pri odločanju o neobveznih razlogih za izključitev zavrnilo njihovo samodejno uporabo, potrjuje potrebo po tej „skladni razlagi“. Iz sodbe Forposta in ABC Direct Contact¹⁷ izhaja, da samodejnost (kar zadeva izključitev ponudnika, odgovornega za hude napake) lahko presega okvir polja proste presoje, ki je državam članicam priznan s členom 45(2) Direktive 2004/18.

53. V skladu s to sodbo je že na začetku treba „opraviti konkretno in posamično presojo ravnanja zadevnega gospodarskega subjekta“. ¹⁸ Sodišče je zaradi neupoštevanja tega merila ugotovilo, da s pravom Unije ni združljiv nacionalni zakon, „na podlagi kater[ega] mora naročnik [...] ta subjekt samodejno izključiti iz postopka oddaje [...] javnega naročila, ne da bi ta naročnik imel možnost, da v vsakem primeru preuči resnost domnevno krivdnega ravnanja tega subjekta [...]“. Čeprav se okoliščine zadeve Forposta in ABC Direct Contact¹⁹ razlikujejo od teh v obravnavanem primeru, pa je smer argumentacije, ki ji je tedaj sledilo Sodišče, v tej zadevi mogoče uporabiti kot razlagalno merilo.

54. Skratka, poleg razloga notranjega prava (nadrednost Bao kot splošnega zakona, ki ureja javno naročanje na Nizozemskem), ki ga presoja predložitveno sodišče, samodejnosti pri oceni tega razloga za izključitev načeloma nasprotuje tudi sodna praksa Sodišča.

55. Predlagam torej, naj se na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori tako, da določila opisnega dokumenta ni mogoče uporabiti za izognitev presoji sorazmernosti *ad casum* v zvezi z kršitvenim ravnanjem ponudnika, da bi bil s tem izključen iz javnega naročila ali ne.

17 — Sodba z dne 13. decembra 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801).

18 — Sodba z dne 13. decembra 2012, Forposta in ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, točka 31).

19 — Sodba z dne 13. decembra 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801).

56. Ugovori zoper to stališče, utemeljeni z načeli javnosti, enakega obravnavanja in preglednosti (na katera se z navedbo sodbe Komisija/CAS Succhi di Frutta²⁰ sklicujeta tako predložitveno sodišče kot družba Connexion), sicer imajo določeno težo, vendar me ne prepričajo. V skladu s sodno prakso Sodišča iz navedene sodbe²¹ morajo za vse ponudnike brez razlikovanja veljati isti pogoji. V obravnavani zadevi pa uporaba merila sorazmernosti ni le podprta s splošnimi pravili, ki na Nizozemskem veljajo za javno naročanje, ampak bi se enako uveljavila v razmerju do vseh ponudnikov, pri katerih bi bil podan isti razlog za izključitev. Diskriminacija bi lahko obstajala, če bi bil eden od teh ponudnikov, ki je zakrivil podobno hudo kršitev, v nasprotju z združenjem podjetij samodejno izločen iz oddaje naročila, torej brez predhodne presoje sorazmernosti. Vendar ni bilo tako.

57. Sodna praksa, katere del je sodba Komisija/CAS Succhi de Frutta²², po mojem mnenju ne nasprotuje odgovoru, ki ga predlagam. Učinkovanje načel enakosti, javnosti in preglednosti v povezavi z nekaterimi določili opisnega dokumenta, katerih razlago je treba opraviti ob upoštevanju splošnih pravil, ki se uporabljajo za javno naročanje, ne nasprotuje temu, da naročnik presodi, ali v posameznem primeru kršitveno ravnanje ponudnika, presojava v skladu z merilom sorazmernosti, pomeni oviro za to, da se mu odda naročilo, za katero se poteguje in za dodelitev katerega je pripravil ponudbo z boljšimi pogoji kot drugi.

58. V zadevnem naročilu ni prišlo do dejanske spremembe pogojev ali postopka izbire, ki so bili enaki za vse ponudnike. Naročnik je preveril, ali njihove ponudbe ustrezajo merilom, ki se uporabijo za naročilo,²³ in ni uporabil nobenega razloga za izključitev, ki ne bi bil določen v opisnem dokumentu.²⁴ To, da je pri tehtanju enega od teh razlogov za izključitev, ki so izrecno navedeni v omenjenem dokumentu, uporabil merilo sorazmernosti, ki v ta dokument izrecno ni bilo vključeno, pa se zahteva s splošnimi pravili, ki se na Nizozemskem uporabljajo za javno naročanje (pa tudi s sodno prakso Sodišča), je po mojem mnenju združljivo z načelom enakega obravnavanja in načelom preglednega ravnanja, ki je njegov nasledek.

59. Prav je, da Sodišče (nazadnje v sodbi Pizzo²⁵) vztraja pri spoštovanju razpisne dokumentacije ali podobnih dokumentov kot zagotovila enakosti med ponudniki. Vendar ima ta sodna praksa – kot vse – svoje meje in pomena razpisne dokumentacije (ali podobnih dokumentov) ni mogoče napihni do te mere, da se brez nadaljnega opusti upoštevanje zahtev, ki so za javno naročanje zakonsko določene v vsaki državi članici. Treba je opozoriti, da bi tako nekatere naročnike lahko obšla skušnjava, da iz razpisne dokumentacije izpustijo nekatere zahteve, legitimno določene v nacionalni zakonodaji, s katerimi se ne bi strinjali ali bi se jim preprosto raje izognili (celo v korist potencialnega ponudnika), zavedajoč se, da bo tako formulirana razpisna dokumentacija v praksi neizpodbojna. Nič manj pomembno kot to, da se zagotovi enakost med ponudniki, ni to, da ti – pa tudi sam naročnik – ne morejo biti izvzeti iz spoštovanja splošnih pravil in meril, s katerimi je v vsaki državi članici urejeno to področje. Eno od njih je prav merilo sorazmernosti, ki se uporabi za razlog za izključitev, ki je predmet tega spora.

20 — Sodba z dne 29. aprila 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236).

21 — Sodba z dne 29. aprila 2004, Komisija/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, točke od 108 do 111). Sodišče je menilo, da „iz načela enakega obravnavanja ponudnikov [...] izhaja obveznost preglednosti, da se zagotovi preverjanje njegovega spoštovanja, [...] in zahteva, da imajo vsi ponudniki pri oblikovanju ponudb enake možnosti, kar predpostavlja, da za ponudbe vseh konkurentov veljajo enaki pogoji.“

22 — Sodba z dne 29. aprila 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236). V tej zadevi je bil predmet presoje položaj, v katerem je naročnik spremenil splošno ureditev javnega razpisa in enostransko spremenil eno od njenih določb, ki se je štela za bistveno, ker bi, če bi bila zajeta v obvestilu o javnem naročilu, ponudnikom omogočila predložitev bistveno drugačne ponudbe. V primeru, ki ga Sodišče obravnava v predloženi zadevi, pa ni podan nobeden od teh dejavnikov.

23 — Glej sodbo z dne 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44), z navedbo sodbe z dne 29. aprila 2004, Komisija/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, točke od 108 do 111).

24 — V nasprotju s položajem v zadevi Pizzo (sodba z dne 2. junija 2016, C-27/15, EU:C:2016:404).

25 — Sodba z dne 2. junija 2016 (C-27/15, EU:C:2016:404).

C – Drugo vprašanje za predhodno odločanje

60. Čeprav predložitveno sodišče tega izrecno ne omenja, pa sklepam, da Sodišče prosi za razlago Direktive 89/665, s katero so usklajena nacionalna pravila za revizijske postopke v zvezi z oddajo javnih naročil.

61. Države morajo v zvezi z odločitvami naročnikov (seveda ko gre za javna naročila, ki spadajo na področje uporabe Direktive 2004/18) zagotoviti, da imajo zainteresirane osebe na voljo revizijske mehanizme, v okviru katerih je mogoče hitro in učinkovito presoditi, ali so naročniki kršili pravo Unije o javnem naročanju ali nacionalne določbe, s katerimi je to pravo preneseno v pravne rede njihovih držav. To je v končni fazi namen Direktive 89/665.

62. Preučitev, ki jo nameravam opraviti, se bo nanašala, prvič, na vprašanje, ali so iz Direktive 89/665 – in sodne prakse, v kateri je razlagana – razvidne smernice za opredelitev stopnje nadzora ali njegove poglobljenosti, s katero morajo revizijski organi izvesti preizkus odločitev, ki jih sprejmejo naročniki. Če take smernice obstajajo, jih je nato treba primerjati s temi iz nizozemskega prava, na katere se sklicuje predložitveno sodišče.

63. Drugi korak bo razjasnitev, ali mora biti poglobljenost sodnega nadzora enaka v dveh procesnih scenarijih iz člena 2 Direktive 89/665, torej v (a) nujnem postopku, v katerem je začasne ukrepe mogoče sprejeti v fazi pred oddajo naročila, in (b) preostalih revizijskih postopkih, namenjenih doseganju razveljavitve upravnega akta o oddaji naročila in nadomestila za škodo. V obravnavanem primeru²⁶ je družba Connexion izpodbijala odločitev VWS o oddaji javnega naročila združenju podjetij in Voorzieningenrechter te Den Haag (sodišče začasne odredbe v Haagu) predlagala, naj jo prekliče. Njena tožba torej spada na področje uporabe člena 2(1)(a) Direktive 89/665.

64. V okviru zadnjega preudarka bom preveril, ali je ob upoštevanju okoliščin spora v glavni stvari, mogoče ugotoviti – kot trdi nizozemska vlada – da je sodni nadzor, ki sta ga na prvi in drugi stopnji opravili upoštevnih sodišči, ustrezal standardu nadzora, ki se zahteva z Direktivo 89/665.

1. Poglobljenost sodnega nadzora nad odločitvami naročnikov

65. Na področju javnega naročanja je razvidna enaka težnja, kot jo je mogoče opaziti na drugih področjih evropskega javnega prava: če se je Sodišče sprva zadovoljilo s tem, da je napotovalo na procesno avtonomijo držav članic, in korektivno uporabljalo načeli enakovrednosti in učinkovitosti kot minimalni zahtevi, ki ju morajo izpolnjevati nacionalni sistemi sodnega nadzora v sporih, ki se nanašajo na pravo Unije, so se postopoma začele postulirati zahteve, ki so neločljivo povezane s sodnim varstvom ali „sodno zaščito“, da bi se obenem povečala poglobljenost tega nadzora.²⁷

66. Ta težnja je, kot je logično, bolj poudarjena v primerih, v katerih je zakonodajalec Unije sprejel usklajevalna pravila prav v zvezi s sodnim nadzorom nekaterih odločitev nacionalnih organov. Tako je zlasti na področju javnega naročanja, saj se je zakonodajalec pri Direktivi 89/665 in njenih naknadnih spremembah zavedal, da bi se ureditev Unije brez revizijskih mehanizmov, ki niso le usklajeni, temveč tudi učinkoviti, in ki omogočajo zagotavljanje spoštovanja veljavnih pravil, spremenila v „kos papirja“. Namen teh mehanizmov ni le varstvo pravic ponudnikov, ampak tudi izboljšanje celotnega sistema javnega naročanja, katerega gospodarskega pomena za notranji trg ni mogoče dovolj poudariti.

26 — Glej točki 20 in 21 teh sklepnih predlogov.

27 — Pravna literatura zadnjih let ponuja veliko premislekov na to temo. Glej posodobljen opis *status quaestionis* v Jans, J. H., Prechal, S., in Widdershoven, R. J. G. M., *The Europeanisation of Public Law*, druga izdaja, Groningen, 2015, str. 399 in naslednje.

67. Zato ne preseneča, da sta bili tako v predložitvenem sklepu kot v stališčih strank večkrat navajani sodbi HI²⁸ in Croce Amica One Italia²⁹, v katerih se je Sodišče opredelilo glede obsega pristojnosti sodišč za nadzor nad dejavnostjo naročnikov.

68. V prvonavedeni sodbi je Sodišče ugotovilo, da Direktiva 89/665 nasprotuje temu, da se z nacionalno ureditvijo obseg nadzora „zakonitosti preklica javnega razpisa [omeji] na preizkus arbitrarnosti te odločitve“.³⁰ V sodbi Croce Amica One Italia³¹ je Sodišče nadaljevalo svoje razlogovanje iz zgoraj navedene sodbe HI, spomnilo, da nadzor zakonitosti odločitev, ki jih sprejmejo naročniki, ne sme biti omejen le na preizkus njihove arbitrarnosti, nato pa naredilo korak dalje in navedlo, da lahko nacionalni zakonodajalec sodiščem svoje države podeli pooblastilo za izvrševanje nadzora smotrnosti.

69. V enakem smislu obravnavani predlog za sprejetje predhodne odločbe za Sodišče pomeni priložnost, da razjasni, ali zgolj „obroben“ nadzor (ta izraz je uporabilo predložitveno sodišče) izpolnjuje pogoje Direktive 89/665. Predložitveno sodišče značilnosti sistema „obrobnega“ nadzora ni opisalo zelo podrobno, iz predložitvenega sklepa pa je mogoče razbrati le, da je presoja nizozemskega sodišča omejena zgolj na razjasnitev „razumnosti“ odločitve naročnika.

70. Bežna presoja skoraj intuitivno napeljuje na misel, da bi morala, če je to splošen sistem sodnega nadzora upravnih aktov, ki velja na Nizozemskem (ne le za javno naročanje, ampak tudi za preostala področja javnega prava), prevladati procesna avtonomija te države, razen če ta z usklajevalnim predpisom ne bi bila zavezana določiti, da mora biti nadzor sodišča „izčrpen“, in ne le „obroben“.

71. Ne glede na spodnja pojasnila o fazi postopka s pravnim sredstvom, v kateri se odloča o začasnem varstvu, pa menim, da sodni nadzor, ki bi bil – na tem področju – omejen na presojo „razumnosti“ odločitve, s katero se odda naročilo, ne bi bil skladen s členom 2 Direktive 89/665. Kot je poudarjeno v sodbi Alcatel Austria in drugi³², mora biti z mehanizmi izpodbijanja zagotovljena učinkovita uporaba prava Unije o javnem naročanju, „zlasti v fazi, v kateri se kršitve teh določb še lahko odpravijo“. Pravno sredstvo mora vložniku omogočiti, da – če so izpolnjeni zahtevani pogoji – doseže „razveljavitev odločitve, ki jo naročnik sprejme pred oddajo naročila in s katero odloči, kateremu ponudniku bo oddal naročilo“. Zgolj s preizkusom razumnosti ni mogoče zagotoviti dosledne skladnosti te odločitve s pravili, ki se uporabljajo za javno naročanje.

72. Naročnik bi lahko načeloma sprejel različne enako „razumne“ rešitve, ki tega značaja ne bi izgubile, ker bi bila prednost navsezadnje dana le eni od njih, torej tej, ki najbolj ustreza pogojem javnega razpisa. Preizkus sodišča, omejen na preverjanje „razumnosti“ nekega akta, se v vsebinskem smislu navsezadnje ne razlikuje bistveno od preizkusa, na podlagi katerega se lahko ugotovi, da ta akt ni arbitraren. Šlo bi za standard nadzora, podoben temu, ki je bil zavržen v sodbi HI³³ in s katerim je bila presoja omejena zgolj na ugotavljanje, ali je bila izpodbijana odločitev arbitrarna ali ne.

73. Osebnostno menim, da je za sodni nadzor – v polnem pomenu tega izraza – ki se zahteva z Direktivo 89/665, potrebno nekaj več. Preučitev sodišča ne sme biti omejena na preprosto presojo „razumnosti“ izpodbijanih aktov, zlasti pa ne v primerih, v katerih mora biti z njimi spoštovana podrobna ureditev, ki zajema formalne in vsebinske vidike. Sodišče, ki obravnava tožbo na tem področju, bo moralo oceniti, ali so bila pri oddaji naročila, ki se izpodbija, spoštovana pravila javnega razpisa in ali

28 — Sodba z dne 18. junija 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379).

29 — Sodba z dne 11. decembra 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435).

30 — Sodba z dne 18. junija 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379, točka 64). Sodišče je ob upoštevanju cilja okrepitve pravnih sredstev, ki se uresničuje z Direktivo 89/665, in neobstoja indicev, ki bi temu nasprotovali, menilo, da obsega sodnega nadzora, ki se izvaja v okviru pravnih sredstev, na katera se sklicuje ta direktiva, ni mogoče razlagati ozko.

31 — Sodba z dne 11. decembra 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435).

32 — Sodba z dne 28. oktobra 1999 (C-81/98, EU:C:1999:534, točki 33 in 43).

33 — Sodba z dne 18. junija 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379).

kandidatura izbranega ponudnika vzdrži kritično presojo, ki so jo njegovi konkurenti izrazili v tožbi. Za to presojo bo v mnogih primerih potrebno preverjanje odločilnih dejstev (ki jih je javna uprava morda ugotovila napačno) in dokazov o večjih ali manjših prednostih enih kandidatur v razmerju do drugih; del take presoje bo tudi ocena, ali je ravnanje upravnih organov ustrezno obrazloženo ter ali ustreza ciljem, s katerimi je upravičeno (z drugimi besedami, ali so razvidni elementi zlorabe pooblastil), in drugim zakonskim smernicam, po katerih se morajo ravnati, ali pa od njih odstopa. Vrednotenje vseh teh elementov presoje presega – ponavljam – samo oceno „razumnosti“ izpodbijanega akta in se nanaša na bolj „pravna“ in praviloma kompleksnejša dejanska in tehnična vprašanja, ki jih je vajeno obravnavati vsako sodišče, ki razsoja o ravnanjih upravnih organov.

74. Menim torej, da – če se razume v zgoraj izraženem smislu – zgolj „obroben“ preizkus odločitev naročnika, omejen na presojo njihove „razumnosti“, kot je ta, ki ga opisuje predložitevno sodišče, ne bi bil združljiv s sodnim nadzorom, kakršen se zahteva z Direktivo 89/665. Vendar se je treba vprašati, ali je te preudarke mogoče uporabiti za fazo postopkov s pravnimi sredstvi, vloženimi zoper te odločitve, v kateri se odloča o začasnem varstvu?

2. Sodni nadzor v fazi odločanja o začasnem varstvu

75. Kot sem že navedel, se je spor na prvi stopnji nanašal na akt VWS, s katerim je bil izbran izvajalec, vendar je bila tožba, vložena pri Voorzieningenrechter te Den Haag (sodišče začasne odredbe v Haagu), vložena v okviru nujnega postopka.³⁴ Spor se je zato umeščal natančno na področje začasnega varstva iz člena 2(1)(a) Direktive 89/665. V nizozemskem sistemu³⁵ so pristojnosti razdeljene glede na to, ali se zahtevki nanašajo na začasno varstvo ali pa se upravna odločba izpodbija z vsebinskimi argumenti.³⁶

76. Dejavniki začasnega ali preventivnega varstva je lahko upošteven za odgovor na drugo vprašanje za predhodno odločanje: ni potrebe, da bi bila poglobljenost sodnega nadzora nad odločitvami naročnikov v fazi odločanja o začasnem varstvu enaka kot pri dokončnem odločanju o glavni stvari spora. V prvem primeru je seznanjenost sodišča z zadevo običajno omejena,³⁷ in sicer do te mere, da njeno začasno odločbo navadno nima učinka pravnomočnosti in se lahko naknadno v rednem postopku spremeni.

77. Posledica posebnega položaja, ki ga ima z vidika Direktive 89/665 sodišče začasne odredbe, je torej to, da so ukrepi, ki jih sprejme, do dokončne odločitve o sporu začasni in da se z njimi „prav[n]a razmerj[a] ne uredi[jo] dokončno“.³⁸ Če se ob tem upošteva, da lahko razlago Direktive 2004/18, opravljeno v fazi odločanja o začasnem varstvu, pozneje „sodnik, ki odloča o glavni stvari, opredeli za

34 — Tako je izrecno navedeno v točki 3.2.1 predložitvene odločbe.

35 — V sodbi z dne 9. decembra 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie in drugi* (C-568/08, EU:C:2010:751, točka 45), in v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca P. Cruza Villalóna, predstavljenih v tej zadevi (C-568/08, EU:C:2010:515), je bilo predmet preučitve nizozemsko pravo, ki se uporabi v takih primerih. V skladu z njim – kot je navedeno v točki 11 sodbe – „oddajo javnih naročil ureja zasebno pravo, oddaja javnega naročila je akt zasebnega prava in odločitve, ki jih upravni organi sprejmejo pred oddajo javnega naročila, se štejejo za pripravljalne akte zasebnega prava. Civilna sodišča so pristojna za reševanje sporov v zvezi z oddajo javnih naročil tako glede odločanja o začasnih ukrepih kot glede postopka o glavni stvari. Upravna sodišča nimajo nobene pristojnosti, razen če zakon določa drugače.“ Nizozemska vlada je na obravnavi potrdila, da s poznejšim sprejetjem *Wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden* (zakon z dne 28. januarja 2010 o prenosu direktive o pravnih sredstvih) ta normativni okvir v bistvenem ni bil spremenjen.

36 — Hebly, Jan M, in Folkert, Wilman G., „Damages for breach of procurement law: The Dutch situation“, str. od 75 do 88, v *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve Ducan in Lichère, François (ur.), Hart Publishing, Oxford, 2011.

37 — V sodbi z dne 9. decembra 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie in drugi* (C-568/08, EU:C:2010:751, točka 77), je Sodišče zagotovilo: „[N]i mogoče izključiti, da bosta sodnik za izdajo začasne odločbe in sodnik, ki odloča o glavni stvari – ki drug za drugim odločata v istem sporu – različno razlagala upoštevana pravila prava Unije. Po eni strani sodnik za izdajo začasne odredbe odloča v okviru nujnega postopka, v katerem je tako zbiranje dokazov kot preučevanje tožbenih razlogov nujno bolj strnjeno kot v okviru postopka o glavni stvari. Po drugi strani vloga sodnika za izdajo začasne odredbe drugače od vloge sodnika, ki odloča o glavni stvari, ni dokončno odločiti o predloženih zahtevkih, temveč začasno zavarovati prisotne interese oziroma po potrebi vzpostaviti ravnovesje med interesi.“

38 — Sodba z dne 9. decembra 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie in drugi* (C-568/08, EU:C:2010:751, točka 77).

napačno“,³⁹ je mogoče ugotoviti, da je stopnjo odločanja o začasnem varstvu samo po sebi Sodišče v sodni praksi obravnavalo kot zgolj predhodno fazo poznejšega postopka in da se bo ta lahko končal z vsebinsko odločitvijo, da bi se po popolni razčlenitvi zadeve celovito opredelila pravna razmerja, ki so predmet spora.

78. Raven sodnega nadzora, na katerega sem se skliceval zgoraj, se v celoti zahteva le za poznejši postopek, ne pa za njegovo predhodno fazo. Sodišču začasne odredbe zato preučitve upravnega akta ne bi bilo treba opraviti enako poglobljeno kot sodišču, ki mora odločiti o glavni stvari spora. Konkretno, bilo bi dopustno, da opravi zgolj preizkus razumnosti uveljavljenih zahtevkov in samega akta o oddaji naročila, podoben temu, ki se uporablja za druge vrste začasnega varstva (presoja *fumus boni iuris, periculum in mora* in tehtanje navzkrižnih interesov).

79. Vendar bi bilo takšnemu razlogovanju, ki bi bilo za namene odgovora na vprašanje predložitvenega sodišča po mojem mnenju načeloma veljavno, mogoče zoperstaviti podatek iz dejanske prakse, ki ga ni mogoče prezreti. V skladu s podatki, pridobljenimi iz nizozemske prakse,⁴⁰ se velika večina (približno 92 % pravnih sredstev v zvezi z javnimi naročili v letih od 2004 do 2009) primerov razreši v fazi odločanja o začasnem varstvu, v kateri tožeče stranke zahtevajo sprejetje začasnih ukrepov, da bi se preprečila oddaja naročila. Začasna odločba je v nizozemski procesni praksi običajno „edina in končna odločitev o sporih“ na tem področju.⁴¹

80. Če bi bil dejanski položaj revizijskih postopkov na Nizozemskem resnično takšen, bi se nizozemsko sodišče začasne odredbe spremenilo v skorajda edinega in končnega poroka sistema sodnega odziva na izpodbijanja aktov naročnikov, sprožena v okviru Direktive 89/665. Tako bi se razblinile razlike, ki *in abstracto* ločujejo fazo odločanja o začasnem varstvu in fazo dokončnega odločanja o teh pravnih sredstvih.

81. V takih okoliščinah bi bil celovit nadzor nad odločitvami naročnikov, ki je naloga sodišč, oslabljen in nadomeščen z zgolj „obrobno“ presojo teh odločitev, za katero so zadolžena sodišča začasne odredbe. Revizijski mehanizmi bi najbrž postali učinkovitejši in hitrejši, vendar bi obenem izgubili zmožnost reakcije na nekatere možne raznovrstne nepravilnosti v odločitvah naročnikov, ki bi bile izvzete iz obvezne presoje, katere predmet morajo biti v skladu z Direktivo 89/665. Z drugimi besedami, ta direktiva ne bi bila spoštovana v celoti.

3. Sodni nadzor, opravljen v sporu o glavni stvari

82. Zgornji preudarki so podlaga za odgovor na drugo vprašanje za predhodno odločanje v abstraktnem smislu, kar ustreza formulaciji, ki jo je v tem vprašanju uporabilo predložitveno sodišče. Vendar podrobnejša preučitev poteka spora v glavni stvari razkrije, da je tako ravnanje sodišča začasne odredbe kot *Gerechtshof Den Haag* (pritožbeno sodišče v Haagu) presegalo – po mojem mnenju – raven „obrobnega“ sodnega nadzora, če se ta pridevnik razume v zgoraj preučenem smislu.

39 — Sodba z dne 9. decembra 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie in drugi* (C-568/08, EU:C:2010:751, točka 80).

40 — Številke so iz poročila o javnem naročanju na Nizozemskem, ki sta ga uredila Van de Meent, Gert-Wim, in Manunza, Elisabetta R., v *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, Congress Publications, vol. 3. DJOF Publishing, str. 641 in naslednje, København, 2014. Avtorja pa kot vir navajata *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland: 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, Final report, June 2010, Van Doorne NV/Ministry of Economic Affairs.

41 — *Prav tam*, opomba 131: „In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict.“

83. Sodišče začasne odredbe namreč ni upoštevalo zgolj večje ali manjše razumnosti odločitve VWS, ampak jo je zoperstavilo „pozitivnim“ pravilom, ki se uporabijo za javno naročilo (zlasti opisnemu dokumentu, ki mu je priznalo prednost), da bi odločilo, da je bilo treba izbranega ponudnika izključiti. Kar zadeva pritožbeno sodišče, pa se strinjam z mnenjem nizozemske vlade,⁴² ki trdi, da je bil nadzor, ki ga je to izvedlo, „izčrpen“, to je, „upoštevalo je vse vidike, na podlagi katerih je ministrstvo odločilo o tem, da ne pride do dokončne izključitve“ združenja podjetij, pred tem pa je razlagalo – v nasprotnem smislu kot sodišče začasne odredbe – normativni okvir, ki se uporabi.

84. Če je – kot menim – tako, bi bilo treba drugo vprašanje označiti za zgolj hipotetično (nanašalo bi se namreč na možnost „obrobnega“ nadzora, ki pa v prejšnjih dveh fazah postopka pravzaprav ni bil podan) ali pa – kot predlagam – nanj odgovoriti nikalno in ga dopolniti s posebnim pojasnilom o okoliščinah postopka, ki teče pred nizozemskimi sodišči. Iz podatkov, ki so na razpolago v tej zadevi, ni mogoče razbrati, da je bil sodni nadzor, ki so ga opravila sodišča, ki so odločala v postopku v glavni stvari, omejen na tovrstno presojo.

V – Predlog

85. Na podlagi zgornjih preudarkov Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je predložilo Hoge Raad der Nederlanden (nizozemsko vrhovno sodišče), odgovori tako:

1. Člen 45(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 ne nasprotuje nacionalni določbi, kot je ta, ki je sporna v obravnavanem sporu, v skladu s katero mora naročnik za izključitev ponudnika, ki je zagrešil hudo poklicno napako, uporabiti načelo sorazmernosti, čeprav v opisnem dokumentu naročila ta možnost ni izrecno navedena.
2. Člena 1 in 2 Direktive 89/665/EGS 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 nasprotujeta določbi ali splošni praksi države članice, v skladu s katero je obseg revizijskih postopkov omejen zgolj na nadzor razumnosti odločitev naročnikov.

42 — Točka 56 njenih pisnih stališč.