SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE ELEANOR SHARPSTON,

predstavljeni 7. junija 2007[1]

1. Hanseatisches Oberlandesgericht (višje deželno sodišče Hanseatic) v Bremnu, Nemčija, s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe Sodišče v bistvu sprašuje, ali pravo Skupnosti nasprotuje temu, da ponudnik na splošno ne more več uveljavljati pravice zahtevati revizijo odločitev o izbiri ponudnika iz Direktive 89/665[2] na podlagi tega, da v roku, ki ga določa nacionalno pravo, ni izpodbijal odločitve, s katero se je razpisni postopek nepravilno umestil zunaj okvira direktive.

2. Tožeča stranka v postopku v glavni stvari je neuspešno oddala ponudbo za naročilo programske opreme, ki je bilo razpisano v skladu z nacionalnim postopkom. Potem se je, prvič, pritožila, da bi moral biti izveden razpisni postopek na ravni celotne Skupnosti, ker se je presegla upoštevna pragovna vrednost, in drugič, da je naknadna odločitev o izbiri ponudnika nezakonita. Pritožbe so bile razglašene za nedopustne na podlagi tega, da je rok za izpodbijanje izbire postopka potekel, tako da revizijski postopek za javna naročila, ki spada na področje, za katero se uporablja pravo Skupnosti, ni na voljo.

3. S tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe se Sodišče poziva, naj podrobneje preveri okoliščine, v katerih bi lahko določitev roka za izpodbijanje odločitve v javnih razpisnih postopkih ogrožala načelo učinkovitosti, ki je poudarjeno z Direktivo 89/665.

Upoštevna zakonodaja

Direktiva 89/665

4. Z Direktivo 89/665 se želi zagotoviti, da se postopki oddaje javnih naročil gradenj, blaga

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — Direktiva Sveta 89/665/EGS o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL 1989, L 395, str. 33), kot je bila spremenjena z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL 1992, L 209, str. 1).

in storitev, določeni v upoštevnih direktivah Skupnosti, učinkovito uporabljajo. To naredi s tem, da določi sistem revizijskih postopkov in pravnih sredstev za kršitve.

5. V Direktivi 89/665 so upoštevne naslednje uvodne izjave:

„[...] direktive Skupnosti o javnih naročilih, zlasti [...] Direktiva Sveta 77/62/EGS z dne 21. decembra 1976 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil v zvezi s preskrbo[3] [javnih naročil blaga], [...] ne vsebujejo nobenih posebnih predpisov za zagotavljanje njihove učinkovite uporabe;

[...] obstoječa ureditev na nacionalni ravni, pa tudi na ravni Skupnosti za zagotavljanje njihove uporabe ni vedno ustrezna, da bi zagotavljala skladnost z ustreznimi predpisi Skupnosti, zlasti v fazi, ko se kršitve lahko popravijo;

[...] 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;

[...]

[...] kratkotrajnost postopkov pomeni, da je treba zgoraj opredeljene kršitve obravnavati prednostno;

[...]“

6. Člen 1 Direktive 89/665 določa:

„1. Države članice sprejmejo ukrepe, potrebne, da bi zagotovili v zvezi s postopki oddaje javnih naročil s področja direktiv [...] 77/62/EGS in 92/50/EGS,[4] učinkovito in

3 — (UL 1977, L 13, str. 1.) To direktivo je razveljavila in nadomestila Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL 1993, L 199, str. 1), kot je bila spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 97/52/ES z dne 13. oktobra 1997 (UL 1997, L 328, str. 1) in z Direktivo Komisije 2001/78/ES z dne 13. septembra 2001 (UL 2001, L 285, str. 1). Direktiva 93/36 pa je bila ena izmed direktiv, ki jih je nadomestila Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL 2004, L 134, str. 114).

4 — Glej opombo 2. Direktiva 92/50 je bila spremenjena z direktivami 93/36, 97/52 in 2001/78 ter, razen člena 41 (ki je spremenil člen 1(1) Direktive 89/665), razveljavljena z Direktivo 2004/18 (glej opombo 3 zgoraj). Na podlagi člena 2 Direktive 92/50 (in naknadno člena 1(2)(d), drugi odstavek, Direktive 2004/18) se naročilo, ki zajema skupaj proizvode in storitve, obravnava kot naročilo storitev, če vrednost storitev presega vrednost tistih proizvodov, ki so dobavljeni. V tem primeru zadevno naročilo zajema skupaj blago (licence za programsko opremo) in storitve (usposabljanje in vzdrževanje), za katere sorazmerna vrednost iz listin v vlogi ni jasna. Tako ni gotovo, ali bi bilo to opredeljeno kot naročilo blaga ali kot naročilo storitev. Vendar pa je pragovna vrednost, nad katero spada naročilo v okvir Direktive 89/665, enaka v obeh primerih.

zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki skladno s pogoji, določenimi v naslednjih členih ter zlasti v členu 2(7) na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile pravo Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalne predpise o izvajanju tega prava.

2. [...]

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

7. Člen 2 Direktive 89/665 obravnava pravna sredstva, ki bi morala biti glede revizijskih postopkov na voljo. Člen 2(7) določa, da „[d]ržave članice zagotovijo, da se odločitve, ki jih sprejmejo organi, pristojni za revizijske postopke, lahko učinkovito izvajajo."

Direktiva 93/36[5]

8. Člen 10 Direktive 93/36 pri odprtem postopku med drugim določa minimalne roke za prejem ponudb, katerih vrednost je nad pragom, za katero se uporabljajo pravila Skupnosti. Člen 10(1) določa, da morajo biti taki postopki odprti vsaj 52 dni od dne, ko je obvestilo o razpisu odposlano. To obdobje se lahko praviloma skrajša na najmanj 36 dni,

5 — Glej opombo 3. Za javna naročila storitev se lahko najdejo določbe, ki so podobne členu 10(1) in (1a) Direktive 93/36, v členu 18(1) in (2) Direktive 92/50. Oba sklopa določb je naknadno nadomestil člen 38(2) in (4) Direktive 2004/18.

vendar v nobenem primeru na manj kot 22 dni, če je bilo pod pogoji iz člena 10(1a) objavljeno predhodno informativno obvestilo.

Nemška zakonodaja[6]

9. Oddelek štiri nemškega Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence; v nadaljevanju: GWB) zajema oddajo javnih naročil.[7] Člen 100(1) določa, da se „ta oddelek [...] uporablja samo za naročila, katerih vrednost dosega ali presega vrednosti, določene v uredbah iz člena 127 (pragovne vrednosti).“[8]

10. Člen 107 GWB zajema zahteve za revizijo pred odborom za javna naročila. Člen 107(3) GWB določa roke, v katerih se pri odboru za javna naročila vloži zahteva za revizijo domnevnih kršitev pravil za naročila, in se glasi:

„Zahteva je nedopustna, če se je vlagatelj že med postopkom oddaje zavedal domnevne kršitve pravil za javna naročila in se ni takoj pritožil naročniku. Zahteva je tudi nedopustna, če ni vložena nobena pritožba zaradi kršitev pravil za javna naročila, ki so razvidne[9] iz razpisa za javno naročilo naročnika, najpozneje do konca obdobja, določenega v razpisu za javno naročilo, za oddajo ponudb ali prijav za sodelovanje v postopku oddaje.“

11. Vergabeverordnung (uredba o javnih naročilih; v nadaljevanju: VgV)[10] med drugim vsebuje pragovne vrednosti, na katere se nanaša člen 127(1) GWB.[11] Člen 2 VgV je v času dejanskega stanja določal:

„Vrednostni prag je:

[...]

6 — Prevodi naslovov in določb nemške zakonodaje, ki se navajajo, so moji.

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen z dne 26. avgusta 1998, BGBl. 1998 I., str. 2521. Oddelek štiri zajema člene od 97 do 129. Razdeljen je na tri pododdelke, izmed katerih drugi (členi od 102 do 124) zajema revizijske postopke.

8 — Člen 127(1) GWB pooblašča zvezno vlado po dogovoru z Bundesrat (zgornji dom zveznega parlamenta), da v nemško zakonodajo z uredbo prenese pragovne vrednosti iz direktiv Skupnosti o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil.

9 — „[E]rkennbar“ v nemškem izvirniku.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge z dne 9. januarja 2001, BGBl. 2001 I, str. 110.

11 — Glej opombo 8 zgoraj.

3. za vsa preostala naročila blaga ali storitev: 200.000 eurov."

12. Oddelek A Verdingungsordnung für Leistungen (pravilnik za oddajo javnih naročil blaga in storitev z javnim razpisom; v nadaljevanju: VOL/A)[12] vsebuje natančna pravila za oddajo javnih naročil blaga in storitev z javnim razpisom. Člen 17 se med drugim nanaša na vsebino razpisa za javno naročilo. Člen 17(1)(2) določa:

„Razpis za javno naročilo naj bi vseboval vsaj naslednje podrobnosti:

[...]

c) Vrsto in količino blaga oziroma storitev, ki jih je treba dobaviti ali opraviti [...]"[13]

12 — Različica 2002 z dne 17. septembra 2002, Bundesanzeiger št. 216a. Pododdelka 1 in 2 zajemata oddaje pod in nad pragom Skupnosti. Ustrezni členi v vsakem pododdelku imajo enako številko. V vsakem pododdelku je besedilo člena 17(1)(2)(c) enako.

13 — „Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: [...] Art und Umfang der Leistung" v nemškem izvirniku.

Postopek v glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

13. Tožena stranka v postopku v glavni stvari, svobodno hanzeatsko mesto Bremen (v nadaljevanju: Bremen), je dne 21. marca 2005 ali prej „na podlagi VOL/A objavila nacionalni javni razpis" za naročilo programske opreme.[14] Končni datum za oddajo je bil 12. april 2005. Razpis za javno naročilo ni vseboval določitve obsega oziroma vrednosti naročila. Pod naslovom „Menge und Umfang" (velikost in obseg) je pisalo:

„V imenu senatorja za zaposlovanje, ženske zadeve, zdravje, mladino in socialo v Bremnu se išče standardna programska oprema za SGB XII (socialno službo – ekonomska pomoč in pomoč odraslim) za obravnavanje zadev z osebnimi računalniki, ki ustreza zahtevam, določenim v razpisni dokumentaciji. Razpisna dokumentacija se lahko brezplačno prenese s strani www.vergabe.bremen.de."

14 — Prevodi delov razpisa in razpisne dokumentacije, ki so navedeni, so moji.

14. Lämmerzahl GmbH (v nadaljevanju: Lämmerzahl), tožeča stranka v postopku v glavni stvari, je družba z omejeno odgovornostjo, specializirana za programsko opremo za javne organe. Skrbno je pridobila razpisno dokumentacijo, ki je vsebovala naslednje tri dokumente:

15. Prvič, v dokumentu z naslovom „cenik/cenovna analiza 1“ (cenik) se je ponudnike povabilo, naj v delu z naslovom „naročilo licence“ predložijo cene na enoto za celotne licence glede na možne različne dobavljene količine (11–50, 51–100, 101–200, 201–500 licenc). Vseboval je tudi alternativno postavko o ceni na enoto za licenco samo za branje (1–5, 6–10, 11–50, 51–100 licenc). Nadaljna možnost je bila cena za „Landeslizenz“ (deželno licenco).[15] V delu z naslovom „naročilo storitve“ se je ponudnike povabilo, naj določijo ponudbo za usposabljanje približno 300 zaposlenih in 10 administratorjev. Nikjer v dokumentu ni bilo določeno dejansko število zahtevanih licenc.

15 — V dopisu z dne 6. aprila 2005 (glej točko 20 spodaj) je Bremen dejal, da naj bi bila deželna licenca za neomejeno število licenc, ki bi se uporabljale v Bremnu in Bremerhavnu.

16. Drugič, dokument, v katerem je bil natančno določen predmet razpisa („dokument o predmetu“), je določal, da naj bi s tem programskim sistemom delalo približno 200 zaposlenih na področju ekonomske pomoči, 45 iz socialnih služb in 65 iz centralnih enot.

17. Tretjič, v „tabeli blaga in storitev“ je bila navedena „najmanjša ali ocenjena velikost“ ene enote. Ponovno ni bilo navedeno celotno število zahtevanih licenc.

18. Lämmerzahl je postavila štiri vprašanja, ki so se nanašala na razpisno dokumentacijo, na katera je Bremen odgovoril z dopisom z dne 24. marca 2005. Lämmerzahl na tej stopnji ni vprašala za število licenc ali velikost ali vrednost naročila.

19. Lämmerzahl je nato 4. aprila 2005 Bremnu poslala elektronsko sporočilo, v katerem je zaprosil za nadaljnje pojasnitve glede razpisne dokumentacije. S prvim vprašanjem je vprašal, ali se vse cene, ki se zahtevajo v ponudbi in tabeli blaga in storitev, nanašajo na „vsoto cen v ceniku za naročilo licenc, ki temelji na 310 licencah (310 zaposlenih, opredeljenih v [dokumentu o predmetu])“, ali bi morale biti vključene tudi ostale cene (npr. stroški vzdrževanja in

popravil). Preostala tri vprašanja v elektronskem sporočilu družbe Lämmerzahl so se nanašala na „zgoraj omenjenih 310 licenc".

20. Bremen je odgovoril z dopisom z dne 6. aprila 2005. Na prvo vprašanje je odgovoril, da bi bilo treba v ponudbi posredovati celotno ceno ponudbe (skupno ceno za stroške licence, vzdrževanje in popravila). Bremen ni v nobenem odgovoru omenil ali izrecno pojasnil številke 310 licenc, ki jih je Lämmerzahl vključila v svoja vprašanja.

21. Lämmerzahl je nato predložila ponudbo za 310 licenc, skupaj z usposabljanjem in vzdrževanjem, v neto znesku 603.500 eurov. Skupaj s konkurenčnim ponudnikom PROSOZ Herten GmbH (v nadaljevanju: PROSOZ) je bil izbran za preizkusno fazo.

22. Bremen je 6. julija 2005 pisal Lämmerzahl in jo obvestil, da je bila neuspešna, ker njena ponudba ni bila ekonomsko najugodnejša.

23. Lämmerzahl je 14. julija 2005 Bremnu poslala pisno pritožbo in 21. julija 2005 vložila zahtevo za revizijo naročila. V njej je bilo zapisano, da je po pridobljenem pravnem nasvetu 14. julija 2005 ugotovila, da bi moral Bremen izdati namesto nacionalnega razpisa razpis na ravni celotne Skupnosti, ker je vrednost javnega naročila presegala prag 200.000 eurov. Ravno tako je trdila, da njena programska oprema ni bila ustrezno preizkušena.

24. Tretji odbor za javna naročila mesta Bremen (v nadaljevanju: Odbor) je zahtevo zavnil. Menil je, da je bila taka nepravilnost razvidna iz povabila za oddajo ponudb, čeprav je bil znesek praga presežen in se je tako uporabil napačen razpisni postopek. Torej so bile pritožbe družbe Lämmerzahl na podlagi člena 107(3), drugi stavek, GWB prepozne.

25. Lämmerzahl se je pritožila pri predložitvenem sodišču. Trdila je, prvič, da nepravilnost pri izbiri postopka ni bila razvidna iz razpisa za javno naročilo. Ponovila je, drugič, ugovor glede preizkusa in izbirnega postopka, pri čemer je trdila, da je bila ponudba PROSOZ očitno nepopolna in je vsebovala nezakonito ureditev stroškov, ki bi morala voditi do njene izključitve (v nadaljevanju: materialni pritožbeni razlogi).

26. Predložitveno sodišče je z začasno odločbo z dne 7. novembra 2005 zavrnilo podaljšanje odložilnega učinka pritožbe, ker je menilo, da ta nima nobene možnosti za uspeh. Strinjalo se je z Odborom, da je bila Lämmerzahl na temelju prekluzivnega roka v členu 107(3), drugi odstavek, GWB, prepozna za izpodbijanje izbire nacionalnega postopka in vrednosti naročila, ocenjene s strani Bremna. Zato družba ni bila upravičena do revizijskega postopka iz GWB, ki je bil edini na razpolago, ko se v razpisnih postopkih preseže pragovno vrednost.

27. Bremen je nato oddal javno naročilo PROSOZ.

28. Zdi se, da nacionalno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe dopušča, da je vrednost naročila presegla prag 200.000 eurov.[16] Vendar meni, da je Lämmerzahl zamudila rok za sprožitev revizijskega postopka iz GWB na temelju člena 107(3), drugi stavek, GWB.

29. Nacionalno sodišče pri tej ugotovitvi ne odloči dokončno o vprašanju, ali na podlagi nacionalnega prava nepravilnost, „razvidna iz razpisa za javno naročilo", pomeni, da mora biti razvidna samo iz razpisa za javno naročilo. Meni, da če ta stavek zajema preostale dokumente, potem bi morala Lämmerzahl iz podrobnosti v razpisni dokumentaciji uvideti, da bo prag presežen. V vsakem primeru bi morala to uvideti iz lastnih izračunov. Na drugi strani, če mora biti nepravilnost razvidna samo iz razpisa za javno naročilo, potem bi prav odsotnost kakršne koli navedbe o obsegu naročila sam po sebi pomenil razvidno nepravilnost, saj bi bila taka opustitev v nasprotju s členom 17(1)(2)(c) VOL/A.[17] To bi nadalje ponudniku onemogočilo, da preveri izbiro postopka in, če je treba, da jo izpodbija.

30. Kljub temu ima nacionalno sodišče pomisleke glede tega, ali bi lahko odločba z dne 7. novembra 2005 ponudnikom odvzela pravico do učinkovite revizije domnevnih kršitev prava Skupnosti, kar bi bila kršitev člena 1 Direktive 89/665. Meni, da je prekluzija, določena v členu 107(3), drugi

16 — Zdi se, da je Bremen uporabil nacionalni razpisni postopek, ker je ocenil vrednosti na 150.000 eurov (iz leta 2004) na podlagi 150 in ne 310 licenc.

17 — Lämmerzahl ima to določbo v VOL/A za „neobvezno". Vendar pa predložitveno sodišče meni, da beseda „soll" („naj") praviloma nakazuje na obveznost spoštovanja, kadar ni prepričljivih razlogov k nasprotnemu. Glej točko 12 zgoraj in opombo v njej. Predložitveno sodišče izpelje svojo razlago besede „soll" iz oddelka „Splošni komentar" na koncu VOL/A.

stavek, GWB glede na sodno prakso Sodišča načeloma v skladu z direktivo.[18] Vendar pa ponudniku, ko je vrednost naročila napačno ocenjena, kot da je pod pragovno vrednostjo, dejstvo, da se ne pritoži pred potekom rokov, onemogoči revizijo ne samo teh nepravilnosti, ampak tudi materialne pritožbene razloge. Če lahko naročnik nepazljivemu ponudniku odvzame materialno varstvo, s tem da stori razvidno nepravilnost, je to možnost za zlorabo.

31. Nacionalno sodišče se tudi sprašuje, ali bi lahko prišlo do drakonskih posledic prekluzije samo, če se lahko ponudnik iz razpisa za javno naročilo nedvoumno prepriča o naročnikovem predvidevanju, da bo naročilo pod pragovno vrednostjo.

32. Ob upoštevanju teh ugotovitev je predložitveno sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je v skladu z Direktivo Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, kot je bila spremenjena z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, predvsem s členom 1(1) in (3), da se ponudniku na splošno prepreči dostop do revizije odločbe naročnika o oddaji javnih naročil, ker ponudnik v roku, predpisanem z nacionalnim pravom za ta namen, po lastni krivdi ni uveljavljal nepravilnosti v postopku oddaje, pri čemer se nepravilnost nanaša

a) na izbrano obliko razpisa

ali

b) na pravilnost določitve vrednosti naročila (očitna napačna ocena ali nezadostna transparentnost določitve)

in bi bila po tem, ko se vrednost naročila pravilno določi ali se bo pravilno določila, revizija drugih nepravilnosti v postopku oddaje, ki – obravnavano ločeno – ne bi bile omejene z rokom, mogoča?

2. Ali bi morale biti podrobnosti v razpisu za javno naročilo, ki so upoštevne za določitev vrednosti naročila, predmet

18 — Sodišče je odločilo, da je določitev primernih rokov za pričetek postopka v skladu s členom 1 Direktive 89/665: Sodba z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi, C-470/99, Recueil, str. I-11617, točke od 75 do 79.

posebnih zahtev, da bi se lahko iz nepravilnosti v zvezi z ocenjeno vrednostjo naročila sklepalo, da je varstvo primarnega prava na splošno izključeno, čeprav pravilno ocenjena vrednost naročila presega upoštevni vrednostni prag?“

33. Pisna stališča so predložili Lämmerzahl, Bremen, Avstrija, Litva in Komisija. Lämmerzahl, Bremen in Komisija so podali tudi dodatna stališča na obravnavi 28. marca 2007.

Dopustnost

34. Bremen trdi, da pogoji za predlog za sprejetje predhodne odločbe iz člena 234 ES niso izpolnjeni. Kar je sporno, je konkretna uporaba nacionalne določbe, o katere skladnosti s pravom Skupnosti se ne dvomi.

35. Te trditve ne sprejmem. Bistvo prvega vprašanja predložitvenega sodišča je, ali člen 1 Direktive 89/665 nasprotuje temu, da je mogoče na splošno onemogočiti uveljavljanje pravice do revizije v okoliščinah, kot so tiste v postopku v glavni stvari.

36. Glede drugega vprašanja predložitvenega sodišča je popolnoma res, da Sodišče ne more narediti seznama tistega, kar naj bi se pojavljalo v razpisih za javna naročila.[19] Vendar pa je pristojno za razlago upoštevnih načel in določb prava Skupnosti, da bi nacionalnemu sodišču pomagalo odločiti, ali so bila ta v posamezni zadevi kršena.

37. Predlog je tako dopusten.

Vprašanji

Uvodno

38. Vprašanji predložitvenega sodišča se lahko preoblikuje tako:

1. Ali Direktiva 89/665 preprečuje, da ponudnik ne bi mogel več uveljavljati s

19 — Zakonodajelec Skupnosti je določil nekatere usklajene zahteve glede naročil, katerih vrednost presega upoštevni prag: glej opombo 3 zgoraj.

to direktivo dane pravice do revizije kasnejših odločb v postopku razpisa, če pred potekom roka, določenega v nacionalnem pravu, ne izpodbija odločbe, ki nepravilno uvrsti javni razpis zunaj področja varstva Skupnosti?

2. Katere podrobnosti naj bi se pojavile v javnem razpisu, da bi se lahko ugotovilo, da je bila vrednost naročila napačno ocenjena, tako da pade pod prag, za katerega je zagotovljeno varstvo iz Direktive 89/665?

39. Drugo vprašanje predložitvenega sodišča se nanaša na to, ali bi se lahko sporne nepravilnosti odkrile. To je osrednje vprašanje pri določitvi, ali je rok za izpodbijanje te nepravilnosti skladen s pravom Skupnosti. Zato bom preverila predloženi vprašanji skupaj. Večina strank, ki so predložile stališča, je tudi široko sprejela ta pristop.

Stališča

40. Družba Lämmerzahl trdi, da čeprav je rok, kot je tisti iz člena 107(3), drugi odstavek, GWB, načeloma skladen z Direktivo 89/665, deluje kot odstopanje od pravice do revizije. Zatorej je treba stavek „razvidna iz razpisa za javno naročilo“ razlagati ozko. Ne more se razširiti na to, da se opredeli kot opustitev, katere izpodbijanje bi lahko vodilo do spoznanja napake Bremna pri ocenjevanju vrednosti naročila. Ta napaka – in zaradi tega napačna izbira postopka – iz razpisa za javno naročilo ni mogla biti razvidna. Zato je bilo družbi Lämmerzahl dejansko onemogočeno ali pretirano težko uveljavljanje njenih skupnostnih pravic.

41. Litva meni, da ko rok začne teči z dnem objave razpisa za javno naročilo, so pravice ponudnikov s pravom Skupnosti učinkovito varovane samo, če se jim v tistem trenutku zagotovijo popolne in nepristranske informacije o količini v ponudbi. Če ne, bi moral rok pričeti teči šele, ko vedo za zadevno postopkovno napako, ali so jo zmožni dognati.

42. Bremen meni, da je člen 107(3), drugi stavek, GWB skladen z Direktivo 89/665. Merilo razvidnosti zagotavlja, da uveljavljanje skupnostnih pravic, ki jih ima ponudnik, ni onemogočeno ali pretirano težko. Navedba ocenjene vrednosti v objavi javnega

razpisa bi lahko izkrivljala konkurenco. Zadostuje, da bi lahko povprečno izkušen udeleženec na trgu izračunal vrednost naročila z danimi informacijami. Na obravnavi je Bremen poudaril, da so bila, tudi brez pravice do revizije na podlagi Direktive 89/665, v skladu z nacionalnim pravom na voljo splošna pravna sredstva. Vendar je priznal, da so bila ta manj učinkovita kot postopek na podlagi GWB.

Presoja

43. Avstrija meni, da je splošna izključitev iz skupnostnega revizijskega postopka kot posledica tega, da se ni izpodbijala zadevna nepravilnost pred potekom roka, skladna z Direktivo 89/665, pod pogojem, da konkretna uporaba roka ne krši načela učinkovitega varstva.

44. Komisija je sprejela podobno stališče. Opaža, da prekluzija kot kazen zagotavlja, da se čim hitreje izpodbijajo nepravilnosti. To je glede na mogoče posledice ponovnega pričetka razpisnega postopka zaželeno. Komisija je na obravnavi trdila, da bi moralo to, da se nepravilnost ne izpodbija pravočasno, voditi do prekluzije samo, če bi ponudnik lahko razbral nepravilnost ali bi jo moral, če bi deloval s skrbnostjo, ki se pričakuje od izkušenega in skrbnega trgovca.

45. Komisija tudi meni, da se temeljna načela Pogodbe ES, kot sta načeli enakosti in transparentnosti, uporabljajo tudi, ko razpisi ne dosežejo praga Skupnosti.[20]

46. Pri varstvu, ki ga zagotavlja Direktiva 89/665, je skupnostno načelo učinkovitosti osrednje načelo. Ustaljeno stališče Sodišča je, da to načelo zahteva, naj uveljavljanje pravic, podeljenih s pravom Skupnosti, ni dejansko onemogočeno ali pretirano težko.[21]

47. Prve tri uvodne izjave Direktive 89/665 tako poudarjajo, da je namen direktive zagotovitev učinkovite uporabe usklajevalnih

20 — V mojih sklepnih predlogih sodbe z dne 18. januarja 2007 v zadevi Komisija proti Finski, C-195/04, ZOdl., str. I-3351, sem obširneje obravnavala to trditev.

21 — Glej na primer sodbo z dne 14. decembra 1995 v zadevi Peterbroeck, C-312/93, Recueil, str. I-4599, točka 12, in navedena sodna praksa, in sodbo z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet, C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 43, in navedena sodna praksa.

direktiv Skupnosti o javnih naročilih, s tem da določa sistem pravnih sredstev „za kršitve zakonodaje Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalnih predpisov za izvajanje te zakonodaje". Člen 1(1) določa zahtevo za učinkovito revizijo odločitev, ki jih sprejmejo naročniki. Člen 2(7) določa, da se odločitve, ki jih sprejmejo ustrezni revizijski organi, učinkovito izvajajo.

48. Vendar pa je v drugi in peti uvodni izjavi poudarjeno, da je za postopke za oddajo javnih naročil značilna njihova kratkost. Zato je treba kakršne koli kršitve v fazi, ko se lahko popravijo, obravnavati prednostno. Hitrost revizije se tako obravnava kot vidik učinkovitosti in je izrecno označena v tretji uvodni izjavi in členu 1(1).

49. Direktiva 89/665 tako predvideva možnost revizije odločitve, še preden je ta povzročila dejansko škodo. Na podlagi člena 1(3) je procesno upravičenje dano „vsaki osebi, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo blaga in ki je bila oškodovana ali pa ji *grozi* oškodovanje zaradi domnevne kršitve" (dodan poudarek). Enako člen 1(3) dopušča državam članicam, da od zadevne stranke zahtevajo predhodno obvestilo naročniku o njeni nameri, da bo zahtevala sodni nadzor, s čimer se poudarja potreba po tem, da se poskušajo sporna vprašanja rešiti čim hitreje.

50. Direktiva izrecno ne odobrava uporabe prekluzije pri vložitvah zahtev za revizijo odločitev naročnikov. Določitev rokov v nacionalnem izvedbenem predpisu pa je vendarle načeloma skladno z zahtevo po hitri reviziji, saj postane razveljavitev takih odločitev hitro nepraktična. Poleg tega je Sodišče dolgo priznavalo, da primerni roki pomenijo uporabo temeljnega načela pravne varnosti.[22]

51. V sodbi Universale-Bau[23] je Sodišče presodilo, da Direktiva 89/665 ne preprečuje, da se v nacionalni zakonodaji določijo primerni roki za predložitev zahteve za revizijo odločitve naročnika. Rok je primeren, če izpolnjuje tako načelo učinkovitosti,

22 — Glej sodbo z dne 16. maja 2000 v zadevi Preston in drugi, C-78/98, Recueil, str. I-3201, točka 33 in navedena sodna praksa.

23 — Navedeno v opombi 18 zgoraj.

kot ga določa direktiva, kot načelo pravne varnosti.[24]

52. Potreba, da se ti načeli uravnotežita, loči roke zastaranja od določb o odstopanju, s katerimi jih želi Lämmerzahl izenačiti. V pravu Skupnosti imamo različne vrste odstopanj, ki so upravičena zaradi različnih razlogov. Pogosto so ta odstopanja izjeme od pravic v Pogodbi ES ali preostalih splošnih načel. Kot pravilo so dovoljena, ko je treba varovati posebne interese. Da bi nujna načela učinkovala, se odstopanja praviloma razlagajo restriktivno. Na drugi strani pa roki zastaranja vzpostavijo ravnotežje med pravicami posameznika in širšim javnim interesom. Ker pa ne glede na to omejujejo pravice, jih je treba skrbno preizkusiti, da se ugotovi, ali njihova uporaba v resnici slabi načelo učinkovitega varstva.

53. Sodišče je tak preizkus opravilo v sodbi Santex.[25] Tam je izpopolnilo stališče iz sodbe Universale-Bau in uporabilo merilo, vzpostavljeno v predhodni sodni praksi[26] pri vprašanju o primernosti rokov v okviru Direktive 89/665. Presodilo je, da je treba določbo o zastaranju preizkusiti, „upoštevajoč zlasti položaj te določbe v celotnem postopku, potek postopka in njegove posebnosti". Tako, tudi če rok *per se* ni v nasprotju z načelom učinkovitosti, je lahko uporaba v okoliščinah posameznega primera taka.[27]

54. V Grossmann Air Service je Sodišče nakazalo, da cilja hitrosti in učinkovitosti iz Direktive 89/665 zahtevata, naj zainteresirana stranka, ki se zaveda nepravilnosti, to izpodbija,[28] in je bilo le malo naklonjeno tožeči stranki, ki je čakala do odločitve o oddaji, preden je izpodbijala domnevno nepravilnost v razpisu.[29]

55. Merilo vedenja ali zavedanja nepravilnosti na strani ponudnika ni poudarjeno

24 — Sodba Universale-Bau, točki 76 in 77.

25 — Sodba z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex, C-327/00, Recueil, str. I-1877, točke od 49 do 66.

26 — Sodba Peterbroeck (navedena v opombi 21 zgoraj), točka 14.

27 — *Idem*, točki 56 in 57.

28 — Sodba z dne 12. februarja 2004 v zadevi Grossmann Air Service, C-230/02, Recueil, str. I-1829, točka 37.

29 — Stranka v tej zadevi je menila, da so bile specifikacije v razpisu zanjo diskriminatorne. Pred odločitvijo o oddaji teh specifikacij ni izpodbijala in ni predložila ponudbe. Sodišče je presodilo, da zavrnitev priznanja interesa stranke pri pridobitvi posameznega naročila v okoliščinah zadeve ni škodilo učinkovitosti Direktive 89/665.

samo v sodbi Grossman, ampak tudi v drugih zadevah. Če začne rok za izpodbijanje nepravilnosti teči, preden ponudnik ve za nepravilnost, ali če je ponudnik kako drugače kaznovan, ker ni izpodbijal v položaju, ko ni vedel ali ni mogel vedeti za nepravilnost, je načelo učinkovitosti oslabljeno. V sodbi Santex se ponudnik ni zavedal razlage, ki jo je imel naročnik o sporni določbi, dokler ni upoštevni rok potekel[30] in mu tako zaradi roka ni moglo biti onemogočeno uveljavljanje pravice, da zahteva revizijo. V sodbi GAT, ki se ne nanaša na rok, je Sodišče presodilo, da se tožeči stranki ne more odreči pravica zahtevati odškodnino za škodo, ki jo je povzročila odločitev, ker je bila predhodna odločitev nezakonita. Tu se predhodna odločitev ni izpodbijala in tožeča stranka se tako ni nujno zavedala nepravilnosti v njej.[31]

56. Iz zgoraj navedene sodne prakse Sodišča izhaja, da je določitev roka v nacionalnem pravu pri uveljavljanju pravice do revizije, ki jo določa Direktiva 89/665, skladna s pravom Skupnosti pod pogojem, da tak rok ne povzroči, da je uveljavljanje te pravice dejansko onemogočeno ali pretirano težko. Da se odloči, ali je tako, je treba preveriti ne samo dolžino rokov zastaranja, ampak tudi dejavnike v revizijskem postopku, v katerem rok deluje. Zavedanje je odločilni dejavnik. Čeprav cilja hitrosti in učinkovitosti iz Direktive 89/665 zahtevata, naj zadevna stranka, ki se zaveda nepravilnosti, to izpodbija, pa se taki stranki ne more odvzeti pravica do revizije z rokom, ki je začel teči zaradi nečesa, česar se ni mogla razumno zavedati.

57. Ali je lahko rok še vedno skladen s pravom Skupnosti, če to, da se nepravilnost ne izpodbija pravočasno, tudi odvzame ponudniku možnost, da izpodbija kakršne koli nadaljnje, posledične nepravilnosti v postopku razpisa? To je gotovo drastična kazen. Ali je dopustna?

58. Ni sporno, da je posledica tega, da se pred potekom roka ne izpodbija izbira nacionalnega postopka, ta, kot stvar splošne-

30 — Sodba Santex, točka 60.

31 — Sodba z dne 19. junija 2003, C-315/01, Recueil, str. I-6351, točki 53 in 54; glej tudi točko 46 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Geelhoeda.

ga pravnega načela, da ta postopek prevlada in razpisni postopek potem izpade iz področja direktive. To je treba razlikovati od položaja v sodbi GAT, kjer je Sodišče presodilo, da ker je vsaka odločitev naročnika v javnem razpisu nadzorovana na podlagi Direktive 89/665, se ponudniku ne more odreči pravice zahtevati odškodnino za domnevno nezakonito odločitev o oddaji, z obrazložitvijo, da se je s prejšnjo odločitvijo povzročila nepopolnost postopka (vendar ne da bi bil zunaj področja direktive).[32]

59. Ena možnost bi bila, da se določi izjema od pravila iz sodbe Universale-Bau in da se odloči, da možnost izpodbijanja odločitve, ki naj bi posamezni razpisni postopek napačno uvrstila, kot da je zunaj področja skupnostnega varstva, ne more biti podrejena roku zastaranja. To se mi ne zdi pametna odločitev. Prvič bi to postavilo na glavo ravnotežje med učinkovitostjo in pravno varnostjo, ki ju Direktiva 89/665 želi doseči. Drugič, ponudnika bi lahko mikalo, da ne izpodbija postopka (ki bi lahko konec koncev deloval v njegovo korist, ker bi omejeval konkurenco), razen če – ali dokler – iz odločbe o oddaji ne odkrije, da je pravica do revizije na podlagi Direktive 89/665 dejansko zanj važna.

60. Predlog, naj bi se določil daljši rok, ko so posledice zamude roka drakonske, se mi zdi, da odgovarja na toliko vprašanj, kot jih postavlja.

61. Zato menim, da je rok za izpodbijanje odločitev v postopku oddaje naročil vendarle skladen z načelom učinkovitosti, združenim s potrebo po hitrosti in pravni varnosti, tudi ko je posledica tega, če se nepravilnost ne izpodbija v roku, ponudnikova izguba varstva v revizijskem postopku, podeljenega z Direktivo 89/665.

62. Sedaj bom preverila rok v tej zadevi, skupaj z njegovimi posameznimi značilnostmi.

63. Prekluzivni rok, določen v členu 107(3), drugi stavek, GWB teče od objave razpisa za

32 — Sodba GAT (navedena v opombi 31 zgoraj), točke od 51 do 54.

javno naročilo do roka za oddajo ponudb. V tej zadevi je videti, da je bilo to obdobje dolgo vsaj 23 dni.[33] Glede na dejstvo, da zakonodajalec Skupnosti meni, da je obdobje najmanj 22 dni dovolj, da se pripravi in predloži ponudba[34], bi bilo težko trditi, da 23 dni ni dovolj za izpodbijanje domnevne nepravilnosti. Tak rok za izpodbijanje naj tako načeloma ne bi kršil načela učinkovitosti, poudarjenega v Direktivi 89/665, še posebej ob upoštevanju potrebe po hitrem revizijskem postopku, poudarjene v tej direktivi.[35]

64. Vendar pa je posebnost roka, določenega v členu 107(3), drugi stavek, GWB ta, da prične teči, če je zadevna pravilnost, ki se domneva, razvidna iz objave javnega razpisa.

65. Kakšna je torej stopnja ali narava vedenja o nepravilnosti, ki bi se lahko pripisala ponudniku, ne da bi se pri tem kršilo načelo učinkovitosti, poudarjeno v Direktivi 89/665?

66. Zdi se mi, da bi zahteva dejanskega, ali subjektivnega, vedenja na strani ponudnika nasprotovala pravni varnosti. Poleg tega bi lahko bilo v okoliščinah, kot so te v tej zadevi težko dokazati, da je ponudnik dejansko vedel za nepravilnost, in zahteva za tak dokaz bi težko bila skladna s potrebo po hitrem revizijskem postopku.

67. Zato je bolj zaželeno, da se test oblikuje z merilom domnevnega, ali objektivnega, vedenja. Sodišče že uporablja objektivno merilo za enakopravno obravnavanje pri javnih naročilih glede sposobnosti ponudnika, da si razloži merila za ocenjevanje, namreč sposobnost „razumno obveščenega in povprečno skrbnega ponudnika“[36]. Enak pristop je videti primeren v zvezi s tem, kakšno

33 — Glej točko 13 zgoraj.

34 — Glej točko 8 zgoraj.

35 — Raziskave, ki so jih opravili upoštevni oddelki Sodišča, kažejo, da so taki roki za izpodbijanje povabil za oddajo ponudb znotraj razpona zastaralnih rokov, ki so jih sprejele države članice. V državah, ki so bile predmet raziskave in kjer je javno povabilo za oddajo ponudb lahko predmet sodne presoje ter je revizija takega povabila predvidena, ali izrecno ali kot del splošnega revizijskega sistema, se uporabljajo naslednji roki: 7 ali 14 dni, odvisno od postopka (Avstrija, Poljska), 14 dni (Finska), 15 dni (Madžarska), en mesec (Portugalska), rok za oddajo ponudb (Slovenija), dva meseca (Grčija, Španija), trije meseci (Irska, Združeno kraljestvo). Rok ni določen v Franciji in Luksemburgu. Na Danskem, Nizozemskem in Švedskem se povabilo za oddajo ponudb lahko izpodbija celo po tem, ko se sklene pogodba.

36 — Sodba z dne 18. oktobra 2001 v zadevi SIAC, C-19/00, Recueil, str. I-7725, točka 42. Druga oblika iz področja varstva legitimnih pričakovanj je „razumen in preudaren gospodarski subjekt“: glej na primer sodbo z dne 22. junija 2006 v združenih zadevah Kraljevina Belgija in Forum 187 ASBL proti Komisiji, C-182/03 in C-217/03, ZOdl., str. I-5479. Bremen in Komisija sta predlagala še druge mogoče formulacije (točki 42 in 44 zgoraj).

vedenje o nepravilnosti v postopku oddaje javnih naročil je razumno in se zanj domneva, da ga ponudnik ima.

68. Za „razumno obveščenega in povprečno skrbnega ponudnika" se domneva, da je izkušen pri predlaganju ponudb na svojem posebnem področju. Pričakuje se tudi lahko, da ima splošno znanje in razumevanje ključnih pravnih stališč, ki vplivajo na trge, na katerih deluje. V okoliščinah te zadeve bi to imelo za posledico splošno znanje o nacionalnih in skupnostnih postopkih oddaje javnih naročil in upoštevnih pragih, vključno z možnostmi za izpodbijanje odločitev v obeh postopkih in z roki za tako izpodbijanje.

69. Kateri podatki morajo biti na voljo, da omogočijo takemu ponudniku, kot je ta v tej zadevi, da ugotovi napačnost izbire postopka?

70. Ne strinjam se z Bremnom, da bi objava ocenjene vrednosti naročila izkrivljala konkurenco. Konec koncev zakonodaja Skupnosti o javnih naročilih, katere pomemben cilj je učinkovitejša konkurenca, zahteva, naj se ocenjene vrednosti naročil v nekaterih primerih objavijo.[37]

71. Ker je izbira postopka odvisna od ocenjene skupne vrednosti javnega naročila, mora informacija omogočiti ponudniku izračun te vrednosti. Ta ne bi vsebovala samo blaga za dobavo, ampak tudi stroške podpore, usposabljanja in vzdrževanja, ki so vključeni v obseg naročila. Sprejemam trditev Litve na tej točki, namreč, da bo samo jasno in popolno razkritje obsega ali velikosti projekta omogočilo ponudniku na podlagi njegovih lastnih izkušenj in znanja o tržnih pogojih izračun ocenjene skupne vrednosti.

72. Obstoj take zahteve za podatek, skupaj z uporabo merila znanja in izkušenj, ki jo lahko prisodimo razumno obveščenemu in povprečno skrbnemu ponudniku, bi moral razrešiti skrbi predložitvenega sodišča o možni zlorabi, kar se tiče sposobnosti

37 — Glej Prilogo VII A k Direktivi 2004/18 (opomba 3 zgoraj), ki je pričela veljati po bistvenih dogodkih v tej zadevi. V obvestilih o naročilu je treba razkriti ocenjeno skupno vrednost v okvirnih sporazumih o gradnjah, blagu ali storitvah. V predhodnih informativnih obvestilih za javna naročila blaga je treba navesti količino ali vrednost proizvodov, ki se bodo dobavili.

naročnika, da izkoristi nepazljivega ponudnika.[38]

73. Ne mislim, da se mora ta podatek nujno pojaviti v samem razpisu za javno naročilo. Od ponudnika se lahko razumno pričakuje, da bo ravnal v skladu z navedbami o preostali dokumentaciji v razpisu, če je jasno nakazano, kje se ta pridobi. V tem pogledu je Sodišče že odločilo, da so merila za ocenjevanje skladna z načelom enakega obravnavanja, če so omenjena v razpisni dokumentaciji in javnem razpisu.[39] Če je potrebni podatek, ki opisuje obseg naročila, vsebovan v dokumentaciji, potem prične rok za izpodbijanje nepravilnosti teči šele, ko jo lahko ponudnik pridobi ali bi jo lahko pridobil, če bi ravnal nemudoma.

74. Vendar pa menim, da samo neobstoj navedenega obsega ali ocenjene velikosti javnega naročila v izvirnem razpisu za javno naročilo ne bi zadoščal, da bi se razumno obveščenega in povprečno skrbnega ponudnika opozorilo na naročnikovo napačno ocenitev vrednosti razpisa. Tudi če ta neobstoj kot tak pomeni nepravilnost, pri čemer se zahteva od ponudnika, naj jo izpodbije z namenom odkritja, ali je prikrita še kakšna nepravilnost, ki bi lahko vplivala na pravice ponudnika, se mi zdi, da bi to povzročilo pretirano težko uveljavljanje teh pravic, še posebej zaradi roka. To je *a fortiori* primer, če se lahko vsaj trdi, da je pogoj v členu 17(1)(2)(c) VOL/A, da se objavi obseg naročila, obvezen.[40]

75. Končno je v pristojnosti nacionalnega sodišča kot edinega sodnika dejanskega stanja, da odloči, kdaj (če sploh) bi moral razumno obveščeni in povprečno skrbni ponudnik odkriti, da se je uporabil napačni postopek. Vseeno pa so mu lahko naslednja opažanja v pomoč.

76. V tej zadevi se je lahko razpisna dokumentacija brez težav prenesla z internetne strani Bremna. Vendar je videti, da niti v razpisu niti v razpisni dokumentaciji ni bil naveden obseg ali velikost projekta.

77. Res je, da je del o „naročilu storitev“ v ceniku določal usposabljanje za 300 zapo-

38 — Glej točko 30 zgoraj.

39 — Sodba SIAC (navedena v opombi 36 zgoraj), točki 40 in 42.

40 — Glej točko 29 zgoraj *in fine*.

slenih in 10 administratorjev in da je bilo v dokumentu o predmetu navedeno, da naj bi s tem sistemom delalo 310 zaposlenih. Vendar bi se zahteva, naj se navede cena na enoto za različna mogoča števila licenc v „naročilu licence", lahko razumno razumela, kot da pomeni, da bi se lahko upoštevalo nižje število licenc ali da se še ni odločilo o končnem številu licenc (še manj o tem, koliko bi bilo celotnih licenc glede na licence samo za branje).[41]

78. Lämmerzahl se je pri Bremnu vsaj dvakrat pozanimala za dodatne podrobnosti o razpisu. V drugem sklopu vprašanj je jasno povedala, da predvideva, da se bo zahtevalo 310 licenc. Ampak Bremen ni tega nikoli izrecno potrdil. Največ, kar se lahko reče, je, da je Bremen, s tem da ni nasprotoval tej številki v odgovoru 6. aprila 2005, tiho potrdil predvidevanje družbe Lämmerzahl, da se zahteva okoli 310 licenc.

79. Na kratko, videti je, da se niti v razpisu za javno naročilo in razpisni dokumentaciji niti z informacijami, ki jih je Bremen naknadno priskrbel, ni izrecno navedlo, koliko licenc se zahteva. Vendar pa je jasno, da je družba Lämmerzahl predložila ponudbo v vrednosti, ki pomeni trikratni prag razpisov na ravni celotne Skupnosti.

80. V teh okoliščinah mora nacionalno sodišče odločiti, ali je uporaba člena 107(3), drugi stavek, GWB v vseh okoliščinah dajala učinkovito varstvo. Tako bi bilo tako v primeru, če bi informacije v razpisu za javno naročilo ali razpisni dokumentaciji omogočile, da je razumno obveščen in povprečno skrben ponudnik ugotovil, da se je uporabil napačen postopek. Če te določbe ni mogoče razlagati tako, da je skladna s členom 1(1) Direktive 89/665, se prva ne bi smela uporabljati[42] in bi se morala uporabljati druga, ki ima neposredni učinek.[43]

41 — Neskladnost med različnim številom licenc in številom zaposlenih 310 ni mogoče v celoti obrazložiti s permutacijskimi možnostmi med celotnimi licencami in licencami samo za branje. Najvišje število licenc samo za branje, za katere se je zahtevala cena, je bilo 100; in prve tri skupine, za katere se zahteva cena za popolne licence, so pod številom (210), ki bi se zahtevalo, da bi bilo skupaj 310.

42 — Glej sodbo Santex (navedena v opombi 25 zgoraj), točke od 63 do 65, in navedena sodna praksa.

43 — Glej sodbo z dne 2. junija 2005 v zadevi Koppensteiner, ZOdl., str. I-4855, točka 38.

Predlog

81. Sodišču torej predlagam, naj združi predloženi vprašanji in nanju odgovori kot sledi:

Če ponudnik pred potekom roka, določenega v nacionalnem pravu, ne izpodbija izbire postopka, ki nepravilno uvrsti javni razpis zunaj področja varstva Skupnosti, potem Direktiva Sveta 89/665 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 ne nasprotuje temu, da ponudnik ne more več uveljavljati pravice, določene v tej direktivi, do revizije poznejših odločb v postopku razpisa, pod pogojem, da uporaba roka v teh okoliščinah v resnici dejansko ne onemogoča ali pretirano oteži izpodbijanja izbire postopka. Tako bi bilo, če dostopne informacije v razpisu za javno naročilo ali razpisni dokumentaciji razumno obveščenemu ali povprečno skrbnemu ponudniku ne bi omogočile, da bi ugotovil, da se je uporabil napačen postopek. V tej zadevi mora to preveriti nacionalno sodišče.