SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 22. aprila 2010*

V zadevi C-423/07,

zaradi tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES, vložene 13. septembra 2007,

Evropska komisija, ki jo zastopajo D. Kukovec, M. Konstantinidis in S. Pardo Quintillán, zastopniki, skupaj z M. Canal Fontcuberta, odvetnico, z naslovom za vročanje v Luxembourgu,

tožeča stranka,

proti

Kraljevini Španiji, ki jo zastopa F. Díez Moreno, zastopnik, z naslovom za vročanje v Luxembourgu,

tožena stranka,

* Jezik postopka: španščina.

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik tretjega senata v funkciji predsednika četrtega senata, R. Silva de Lapuerta, sodnica, E. Juhász (poročevalec), J. Malenovský in T. von Danwitz, sodniki,

generalni pravobranilec: P. Mengozzi,
sodna tajnica: M. Ferreira, glavna administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 9. septembra 2009,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 20. oktobra 2009

izreka naslednjo

Sodbo

1 S to tožbo Komisija Evropskih skupnosti predlaga Sodišču, naj ugotovi, da Kraljevina Španija s tem, da med gradnje, ki so predmet koncesije in ki so navedene v obvestilu in razpisni dokumentaciji za dodelitev upravne koncesije za gradnjo, vzdrževanje in upravljanje povezav avtoceste A-6 s Segovio in Ávilo ter za vzdrževanje in upravljanje odseka Villalba–Adanero iste avtoceste od leta 2018, ni vključila nekaterih gradenj, ki so bile naknadno oddane v okviru navedene koncesije in med katerimi so gradnje na brezcestninskem odseku avtoceste A-6, ni izpolnila obveznosti iz

člena 3 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54) in zato tudi ne iz člena 11(3), (6), (7), (11) in (12) in je kršila načela Pogodbe ES, zlasti načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije.

Skupnostna ureditev

2 V peti uvodni izjavi Direktive 93/37 je navedeno, da „[…] je treba zaradi naraščajočega pomena koncesijskih pogodb pri javnem naročanju gradenj in njihove posebne narave vključiti v to direktivo predpise o oglaševanju“.

3 Člen 1(c) te direktive določa:

„‚gradnja‘ pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo, gradnjo kot celoto, ki je samozadostna, da izpolnjuje svojo gospodarsko in tehnično funkcijo“.

4 V skladu s členom 1(d) te direktive je:

„‚koncesija za javne gradnje‘ […] naročilo enake vrste kakor naročilo[,] navedeno v točki (a) [glede javnih naročil gradenj], z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje gradenj izključno pravica do koriščenja konstrukcije ali pa ta pravica vključno s plačilom“.

5 Člen 3 Direktive 93/37 določa:

„1. Če naročniki sklenejo pogodbo o javnih koncesijah za gradnje, se za to pogodbo uporabljajo predpisi o oglaševanju, kakor so opisani v členih 11(3), (6), (7) in (9) do (13) ter v členu 15, če njihova vrednost ni manjša od 5.000.000 ekujev.

[…]

4. Države članice sprejmejo potrebne ukrepe za zagotovitev, da koncesionar, ki ni naročnik, uporablja predpise o oglaševanju, naštete v členu 11(4), (6), (7) in (9) do (13) ter v členu 16 v zvezi s pogodbami, ki jih odda tretjim osebam, kadar vrednost naročil ni manjša kakor 5.000.000 ekujev. […]

[…]“

6 Člen 11 Direktive 93/37 iz naslova III te direktive, „Skupna pravila za oglaševanje“, določa:

„1. Naročniki seznanijo javnost s predhodnim obvestilom o bistvenih značilnostih naročila gradenj, ki ga nameravajo oddati in katerega ocenjena vrednost ni manjša od praga iz člena 6(1).

[…]

3. Naročniki, ki želijo podeliti koncesijo za gradnje, sporočijo svojo namero z objavo obvestila.

[…]

6. Obvestila iz odstavkov 1 do 5 se sestavijo v skladu z vzorci iz prilog IV, V in VI, v njih pa morajo biti navedene informacije, ki jih te priloge zahtevajo.

[…]

7. Naročniki pošljejo obvestila iz odstavkov 1 do 5 kar se da hitro in na najustreznejši način na Urad za uradne publikacije Evropskih skupnosti. […]

[…]

9. Obvestila iz odstavkov 2, 3 in 4 se objavijo v celoti v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* […]

10. Urad za uradne publikacije Evropskih skupnosti objavi obvestila najkasneje v 12 dneh po tem, ko so bila odposlana. Pri pospešenem postopku iz člena 14 se ta čas skrajša na pet dni.

11. Obvestilo se ne objavi v uradnih listih ali v tisku države naročnika pred datumom, ko je bilo odposlano Uradu za uradne publikacije Evropskih skupnosti in ne vsebuje drugih informacij razen tistih, objavljenih v *Uradnem listu Evropskih skupnosti*.

12. Naročniki morajo imeti dokazilo o datumu odpošiljanja in ga, če je treba, predložiti.

[…]“

7 Priloge, na katere se sklicuje člen 11(6) Direktive 93/37, vsebujejo vzorce obvestil, ki jih mora naročnik objaviti v *Uradnem listu Evropskih skupnosti*. Priloga IV k tej direktivi se nanaša na javna naročila gradenj, Priloga V na koncesije za gradnje, Priloga VI

pa vsebuje vzorec obvestila, kadar namerava koncesionar tretjim oddati naročila za izvedbo gradenj, ki so mu bile oddane s koncesijo.

8 Člen 15 te direktive določa:

„Naročniki, ki želijo podeliti koncesijo za gradnje, določijo rok za sprejemanje vlog kandidatov za koncesijo, ki ne sme biti manj kot 52 dni od datuma, ko je bilo obvestilo odposlano."

9 Člen 61 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114) z naslovom „Oddaja dodatnih gradenj koncesionarjem" določa:

„Ta direktiva se ne sme uporabljati za dodatne gradnje, ki niso vključene v prvotno obravnavani koncesionarski projekt ali v prvotno naročilo, vendar so zaradi nepredvidljivih okoliščin postale potrebne za izvedbo naročila gradenj, ki jih je naročnik podelil koncesionarju, pod pogojem, da se naročilo odda gospodarskemu subjektu, ki izvaja te gradnje:

– če teh dodatnih gradenj ni mogoče tehnično ali ekonomsko ločiti od prvotnega naročila, ne da bi to naročnikom povzročilo resne težave, ali

– če so te gradnje, čeprav bi se lahko ločile od izvajanja prvotnega naročila, nujno potrebne za dokončanje tega naročila.

Vendar skupna vrednost naročil, oddanih za dodatne gradnje, ne sme presegati 50 % zneska prvotne koncesijske pogodbe za gradnje."

10 Razlagalno sporočilo Komisije o koncesijah v pravu Skupnosti (UL 2000, C 121, str. 2) v točki 3.1.1 z naslovom „Enako obravnavanje" določa:

„[…]

Včasih koncedent nima možnosti, da bi svoje potrebe opredelil z dovolj natančnim tehničnim opisom, zato bo uporabil alternativne ponudbe, ki lahko predstavijo različne rešitve problema, izraženega s splošnim opisom. Vendar mora biti v teh primerih zaradi zagotavljanja zdrave in učinkovite konkurence v specifikaciji vselej brez diskriminacije in objektivno navedeno, kaj se zahteva od kandidatov in predvsem kako morajo pristopiti k pripravi svojih ponudb. […]"

Nacionalna ureditev

11 Zakon št. 8 z dne 10. maja 1972 o gradnji, vzdrževanju in upravljanju avtocest, za katere je dodeljena koncesija (v nadaljevanju: zakon o avtocestah) je v različici, veljavni od leta 1996, in sicer v členu 8(2), drugi pododstavek, med drugim določal, da:

„[…] sodi v dejavnost družbe, […] tudi gradnja cestne infrastrukture, ki se sicer razlikuje od tiste, ki je predmet naročila, vendar na to vpliva, in ki je zgrajena na vplivnem območju avtoceste ali potrebna za ureditev prometa, katere projektiranje ter izvedba ali samo izvedba je naložena koncesionarju kot nasprotna izpolnitev […]“

12 V kraljevi uredbi št. 597 z dne 16. aprila 1999 je bilo določeno, da sega vplivno območje avtocest do razdalje 20 km.

Sporni posel

13 Avtocesta A-6 povezuje Madrid z La Coruño in je glavna prometnica, ki središče Španije povezuje s severom in severozahodom te države. Ni sporno, da gre za eno od najpomembnejših in najprometnejših prometnic te države. Brezcestninski odsek te avtoceste med Madridom in Villalbo je dolg okoli 40 km in poteka skozi praktično urbano področje. Za uporabo odseka med Villalbo in Adanerom v dolžini okoli 70 km se plača cestnina (v nadaljevanju: plačljivi odsek avtoceste A-6). Ni sporno,

da je na teh dveh avtocestnih odsekih že dolgo zelo gost promet, pojavljajo pa se tudi resne težave z zastoji.

14 Od leta 1968 v okviru koncesije plačljivi odsek avtoceste A-6 upravlja družba Ibérica de Autopistas SA (v nadaljevanju: Iberpistas). Ta koncesije je bila podeljena do 29. januarja 2018.

15 Z uredbo z dne 26. maja 1997 je špansko ministrstvo, pristojno za javne gradnje, objavilo svoj namen, da v „avtocestni načrt“, ki ga je španska vlada potrdila februarja 1997, vključi gradnjo avtocest, ki povezujejo Segovio in Ávilo z avtocesto A-6, saj „je ob upoštevanju velikih prometnih tokov, ki trenutno obstajajo in povzročajo zgostitve prometa […], gradnja avtocest, ki omogočajo povezavo teh mest z obstoječo avtocesto A-6, v izjemnem javnem interesu za njun razvoj“.

16 Z obvestilom, objavljenim v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* (UL 115, 16.6.1999, v nadaljevanju: prvo obvestilo), in z razpisno dokumentacijo, ki je bila potrjena z uredbo z dne 4. junija 1999 (BOE št. 136 z dne 8. junija 1999, v nadaljevanju: prva razpisna dokumentacija) je ministrstvo, pristojno za javne gradnje, kot koncedent začelo postopek za podelitev koncesije za javne gradnje. Odstavek 2 prvega obvestila in člen 2(4) prve razpisne dokumentacije, katerih vsebina je bila enaka, sta opisovala predmet razpisa za podelitev koncesije.

17 Ta predmet je zadeval te gradnje:

– gradnja, vzdrževanje in upravljanje povezav plačljivega odseka avtoceste A-6 z Ávilo in Segovio,

– vzdrževanje in upravljanje plačljivega odseka avtoceste A-6 od 30. januarja 2018 za obdobje, ki ga je treba določiti na podlagi povprečnega števila vozil, ki prevozijo ta odsek,

– gradnja obvoznice za Guadarramo, ki je občina, kjer poteka trasa plačljivega odseka avtoceste A-6, in

– razširitev dela brezcestninskega odseka avtoceste A-6, in sicer odseka med Madridom in Villalbo. Šlo je za gradnjo četrtega voznega pasu v obe smeri zaradi povečanja zmogljivosti avtoceste A-6 na tem odseku.

18 Z uredbo z dne 7. julija 1999 (BOE št. 163 z dne 9. julija 1999) je koncedent objavil novo razpisno dokumentacijo (v nadaljevanju: druga razpisna dokumentacija). Novo obvestilo je bilo objavljeno v Uradnem listu Evropskih skupnosti (UL 137, 17.7.1999, v nadaljevanju: drugo obvestilo). V preambuli te druge uredbe je bilo navedeno, da „je treba [prvo] razpisno dokumentacijo spremeniti iz tehničnih razlogov zaradi vnovične opredelitve predmeta razpisa in uvedbe nekaterih sprememb glede določitve trajanja koncesije“.

19 Odstavek 2 drugega obvestila in člen 2 druge razpisne dokumentacije sta predmet koncesije opredelila takole:

„1. Gradnja, vzdrževanje in upravljanje plačljivega odseka avtoceste A-6, povezava s Segovio, […]

2. Gradnja, vzdrževanje in upravljanje plačljivega odseka avtoceste A-6, povezava z Ávilo. […]

3. Vzdrževanje in upravljanje plačljive avtoceste A-6, odsek Villalba-Adanero. […]“

20 Iz tega je razvidno, da to drugo obvestilo in ta druga razpisna dokumentacija v okviru predmeta koncesije nista omenjala gradnje obveznice za Guadarramo niti razširitve dela brezcestninskega odseka avtoceste A-6.

21 Člen 3 druge razpisne dokumentacije se je skliceval na „upravni spis“.

22 Odstavka 13 in 16 člena 5 druge razpisne dokumentacije, katerega besedilo je bilo enako v prvi razpisni dokumentaciji, sta določala:

„13 Ponudniki bodo v ponudbah izrecno navedli ukrepe, ki jih nameravajo sprejeti v zvezi z vplivi, ki izhajajo iz koncesije, na celotno prometno omrežje, interese območja glede pospeševanja turizma in zgodovinske ali kulturne znamenitosti, ter v zvezi z ohranjanjem in vzdrževanjem pokrajine in varstvom narave, in sicer ne glede na spoštovanje veljavne zakonodaje na teh področjih.

[…]

16 Ponudniki bodo naročnika seznanili z ukrepi, katerih sprejetje predlagajo za primerno ureditev medmestnega prometa na območjih, na katera bo vplivala gradnja cest, ki so predmet koncesije, in ob tem navedli, katere od predlaganih ukrepov nameravajo izvesti na lastne stroške. Domiselnost in izvedljivost teh predlogov bosta pozitivno vplivali na izbor ponudnika, in sicer zaradi pogostosti prometnih zastojev na območjih, na katerih bodo ceste, ki so predmet koncesije, najbolj vplivale na promet."

23 V členu 10 druge razpisne dokumentacije, ki je bil enak tistemu iz prve razpisne dokumentacije, so bila navedena merila, ki se bodo upoštevala pri podelitvi koncesije. Med temi merili so bila:

– izvedljivost predložene ponudbe in obseg uporabljenih sredstev (točka III),

– predlagani ukrepi za upravljanje prometa in ravnanje z okoljem (točka V).

24 Podmerilo V.i je določalo:

„[z]a ukrepe, predlagane za upravljanje medmestnega prometa vključno z ukrepi glede uvedbe dinamičnega pobiranja cestnine na območju, ki ga zadeva gradnja odsekov, ki so predmet koncesije, je mogoče dobiti do 75 točk za njihovo ustvarjalnost, izvedljivost in učinkovitost".

25 Člen 29 druge razpisne dokumentacije je v zvezi s povezavama plačljivega odseka avtoceste A-6 z Ávilo in Segovio določal, da mora koncesionar zagotoviti, da nikjer na avtocesti ne bo presežena določena raven gostote prometa, ki je bila izražena tehnično, pri čemer mora na svoje stroške izvesti vse razširitve, potrebne za izpolnitev te zahteve.

26 Nazadnje, člen 33 druge razpisne dokumentacije je določal, da trajanje koncesije ne bo daljše od 37 let niti krajše od 22 let in da bo točno trajanje koncesije, izračunano v letih, določeno ob upoštevanju dejanskega gibanja prometa na vsakem od različnih odsekov, kar bo ocenjeno 20 let po začetku koncesije.

27 S kraljevo uredbo št. 1724/1999 z dne 5. novembra 1999 je koncedent koncesijo podelil družbi Iberpistas. Člen 5 te kraljeve uredbe pa je kljub temu določal izvedbo dodatnih gradenj glede na tiste, ki so bile navedene v drugem obvestilu in drugi razpisni dokumentaciji. Tako so bila poleg gradnje povezav plačljivega odseka avtoceste A-6 z Ávilo in Segovio ter vzdrževanja in upravljanja plačljivega odseka avtoceste A-6 med Villalbo in Adanerom predvidene te gradnje:

– gradnja tretjega voznega pasu v obeh smereh na delu plačljivega odseka avtoceste A-6 med Villalbo in razcepom Valle de los Caídos (v nadaljevanju: gradnja A),

– gradnja tretjega dvosmernega voznega pasu na delu plačljivega odseka avtoceste A-6 med razcepom Valle de los Caídos in San Rafaelom, vključno z gradnjo novega predora (v nadaljevanju: gradnja B), in

– gradnja četrtega voznega pasu v obeh smereh na brezcestninskem odseku avtoceste A-6 med Madridom in Villalbo (v nadaljevanju: gradnja C).

28 Gradnje A, B in C so v nadaljevanju navedene kot „dodatne gradnje“.

29 Iz prej navedenega je razvidno, da je bila gradnja C navedena v prvem obvestilu in prvi razpisni dokumentaciji, ne pa v drugem obvestilu oziroma razpisni dokumentaciji. Gradnji A in B pa nista bili navedeni niti v prvi niti v drugi razpisni dokumentaciji oziroma obvestilu. Gradnja enega pasu obvoznice za Guadarramo, ki je bila navedena v prvi razpisni dokumentaciji, ne pa v drugi, ni bila predmet koncesije, ki je bila podeljena družbi Iberpistas, in na koncu ni bila izvedena.

30 Iz spisa je razvidno, da je bila povezava plačljivega odseka avtoceste A-6 s Segovio dana v uporabo leta 2003, četrti vozni pas na brezcestninskem odseku avtoceste A-6 (gradnja C) pa je bil dan v uporabo 1. januarja 2006. Iz spisa je tudi razvidno, da so bile med tem izvedene tudi druge gradnje.

31 Iz dopisa španskih organov z dne 28. novembra 2001 je tudi razvidno, da je strošek za gradnje, ki so bile izrecno navedene v drugem obvestilu in drugi razpisni dokumentaciji, in sicer za povezave plačljivega odseka avtoceste A-6 s Segovio in Ávilo, znašal 151,76 milijona EUR. Ta strošek pa ne zajema stroškov za vzdrževalna dela na plačljivem odseku avtoceste A-6 in upravljanje z njim, kar je bilo oddano v koncesijo od 30. januarja 2018. Strošek treh dodatnih gradenj naj bi znašal 132,03 milijona EUR.

Predhodni postopek

32 Ker je Komisija glede na pravila iz Direktive 93/37 dvomila o zakonitosti postopka, v katerem je bila podeljena koncesija za dodatne gradnje, je 30. aprila 2001 Kraljevini Španiji poslala uradni opomin, na katerega je ta odgovorila z dopisom z dne 27. junija 2001. Ker je Komisija presodila, da pojasnila, ki jih je medtem predložila ta država članica, niso bila zadostna, je 18. julija 2002 izdala obrazloženo mnenje, na katerega je ta država odgovorila z dopisoma z dne 20. septembra 2002 in 13. marca 2003.

33 Komisija je 25. julija 2003 Kraljevini Španiji poslala dodatni uradni opomin glede neupoštevanja načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije, na katerega je ta dogovorila z dopisom z dne 28. oktobra 2003. Komisija je 22. decembra 2004 poslala dodatno obrazloženo mnenje glede kršitve teh načel, na katerega je ta država članica odgovorila z dopisom z dne 3. marca 2005. Ker Komisija ni bila zadovoljna s tem odgovorom, je vložila to tožbo.

Tožba

Dopustnost

34 Kraljevina Španija uveljavlja dva ugovora nedopustnosti. Prvič, navaja, da je tožba v nasprotju z zahtevami Poslovnika Sodišča, ker za odvetnico, ki zastopa Komisijo, ni bilo predloženo dokazilo o upravičenosti za zastopanje. Ta institucija poleg tega

ni izkazala naloge, ki je bila zaupana tej odvetnici za udeležbo v tej zadevi, saj ta ni delovala kot zastopnica Komisije.

35 Drugič, Kraljevina Španija uveljavlja ugovor nedopustnosti, ki se nanaša na to, da tožba Komisije ni jasna, ker se brez razlikovanja sklicuje na kršitev členov 3 in 11(3), (6), (7), (11) in (12) Direktive 93/37. Edina določba člena 3, ki bi se v tem primeru lahko upoštevala, pa je njegov odstavek 1. Poleg tega je koncedent v tem primeru v celoti izpolnil svoje obveznosti iz člena 11(3), (7), (11) in (12) te direktive. Dalje, odstavek 6 istega člena se sklicuje na priloge IV, V in VI k tej direktivi, medtem ko bi se v tem primeru lahko uporabila le Priloga V. Zato predmet tožbe ni določen.

36 Glede prvega ugovora nedopustnosti je treba poudariti, da so Komisijo ustrezno zastopali trije zastopniki ob sodelovanju odvetnice. Poleg tega je Komisija svoji tožbi priložila kopijo dokumenta, ki potrjuje, da je zadevna odvetnica v smislu člena 38(3) Poslovnika Sodišča upravičena za zastopanje pred sodišči države članice, in sicer Kraljevine Španije.

37 Tudi drugega ugovora nedopustnosti ni mogoče sprejeti. Iz vseh dokumentov, ki so bili vloženi pri Sodišču, je namreč brez dvoma razvidno, da se tožba in očitki Komisije nanašajo na to, da v postopku podelitve koncesije za zadevne gradnje ni bila spoštovana obveznost oglaševanja, ki jo koncedentu nalagajo upoštevne določbe Direktive 93/37, saj nobena dejansko oddana in izvedena gradnja ni bila navedena v obvestilu, ki ga za to določajo te določbe.

38 Zato v tem primeru ni nobene težave v zvezi z jasnostjo predmeta tožbe, ki bi lahko vzbudila dvom o dopustnosti te tožbe.

39 Možnost, da se nekatere določbe Direktive 93/37, ki jih je Komisija navedla v utemeljitev svojih očitkov, ne bi izkazale za upoštevne v tem primeru, nima za posledico nedopustnosti njene tožbe.

Vsebinska presoja

Trditve strank

40 Komisija v bistvu zatrjuje, da se mora predmet koncesije, kakor je opisan v obvestilu in razpisni dokumentaciji, ujemati z dejansko oddanimi gradnjami. Zadevni predmet koncesije je bil natančno opredeljen v členu 2 druge razpisne dokumentacije in se je nanašal na posamezne gradnje, in sicer na povezavi plačljivega odseka avtoceste A-6 s Segovio in Ávilo ter vzdrževanje in upravljanje tega odseka od 30. januarja 2018. Dodatne gradnje pa niso bile navedene niti v drugem obvestilu niti v drugi razpisni dokumentaciji.

41 Neizpolnitev obveznosti, ki se očita Kraljevini Španiji, je tako po mnenju Komisije v tem, da so španski organi naknadno razširili predmet koncesije s tem, da so družbi Iberpistas oddali gradnje, ki niso bile predmet objave in so bile zunaj geografskega območja, ki ga je zajemal predmet koncesije, kakršen je bil objavljen. To predstavlja

neizpolnitev obveznosti, ki jih državam članicam nalagajo upoštevne določbe členov 3 in 11 Direktive 93/37.

42 Komisija meni, da razumno obveščeni in skrbni ponudnik ne more niti na podlagi spremembe predmeta koncesije, ki se je zgodila v okviru drugega obvestila in druge razpisne dokumentacije, niti na podlagi besedila členov 5(13) in (16) ter 29 druge razpisne dokumentacije razumeti, da so ga pristojni organi dejansko pozvali, naj pripravi predloge, na podlagi katerih je mogoče izvesti gradnje, kot so dodatne gradnje. Če bi bilo drugače, bi to dejansko privedlo do tega, da lahko ponudniki predlagajo gradnje na vseh cestah v provincah Madrid, Segovia in Ávila, saj lahko na promet na teh cestah vplivajo gradnje, ki so predmet koncesije.

43 Po mnenju Komisije je dejstvo, da dodatne gradnje niso bile zajete v predmetu koncesije in da običajno obveščen ponudnik iz členov razpisne dokumentacije ni mogel sklepati, da bi lahko predložil predloge glede izvedbe gradenj takih razsežnosti, favoriziralo zgolj družbo Iberpistas, ki je že bila koncesionar plačljivega odseka avtoceste A-6 in je poznala dejanske potrebe naročnika. Poleg tega niti drugi kandidati niti potencialni ponudniki niso mogli poznati vseh elementov, ki bodo upoštevani pri podelitvi koncesije, kar predstavlja kršitev načela enakega obravnavanja ponudnikov.

44 Kraljevina Španija navaja, prvič, da je razpis, kot je razvidno iz druge razpisne dokumentacije, urejala ne samo ta dokumentacija, ampak tudi vsi predpisi, ki veljajo za postopek razpisa, in sicer zakon o avtocestah, in splošna razpisna dokumentacija, ki je bila potrjena z dekretom št. 215 z dne 25. januarja 1973. Cilj teh predpisov naj bi bil, da se v skladu z izvedbo zgoraj navedenega avtocestnega načrta pusti velika svoboda

pobudam zasebnih podjetij tako ob predložitvi njihovih ponudb kot tudi pri izvajanju njihovih dejavnosti po oddaji naročila.

45 Ta pristop naj bi bil poleg tega brez težav uporabljen pri oddaji koncesij za gradnjo drugih avtocest v Španiji in naj bi ga tudi potrjeval člen 8 zakona o avtocestah, ki predvideva možnost, da ponudniki predlagajo dodatne gradnje bodisi v vplivnem območju avtocest v skladu z opredelitvijo tega izraza v nacionalnih predpisih bodisi zunaj tega območja.

46 V tem primeru druga razpisna dokumentacija ni več izrecno navajala načrtov za izvedbo posameznih gradenj. Cilj te spremembe naj bi bil, da se pobudi in ustvarjalnosti zasebnih podjetnikov prepusti, da koncedentom predlagajo izvedbo gradenj, ki lahko rešijo prometne težave na avtocesti A-6, zlasti po zgraditvi novih povezav z Ávilo in Segovio. Zgraditev teh dveh novih avtocest naj bi namreč poslabšala prometne razmere na zadevni prometnici. Predlog za rešitev te težave naj bi bil prepuščen pobudi ponudnikov, kar naj bi bilo razvidno tudi iz besedila členov 5(13) in (16), 29 ter 33 druge razpisne dokumentacije.

47 Drugič, Kraljevina Španija navaja, da v tej zadevi nikakor ne more biti izpostavljeno vprašanje neizpolnitve obveznosti oglaševanja glede oddaje dodatnih gradenj. Družba Iberpistas namreč ni sama izvedla teh dodatnih gradenj, temveč je zanje objavila razpis in jih oddala tretjim podjetjem v skladu z zahtevami o oglaševanju in konkurenci,

ki jih določajo Direktiva 93/37 in španski predpisi. Te dodatne gradnje so torej izvedla tretja podjetja, ki so neodvisna od koncesionarja, družbe Iberpistas.

48 Tretjič, Kraljevina Španija poudarja, da so pritožbe pri Komisiji vložile osebe in subjekti, ki nimajo nobene poslovne zveze s to koncesijo, ne pa neizbrani ponudniki niti ne tretji, dejansko ali potencialno zainteresirani za podelitev sporne koncesije. Ti pritožniki naj ne bi imeli nobenega interesa za pravilno uporabo pravil o konkurenci, ampak naj bi jih vodili drugi vzgibi. Vsi subjekti, ki so želeli sodelovati v postopku, naj bi imeli na voljo enake informacije in noben ponudnik niti noben dejanski ali potencialni interesent naj ne bi s pritožbo, ugovorom ali pravnim sredstvom pred sodiščem izpodbijal rezultata postopka. Zato naj bi bila enakost obravnavanja spoštovana.

49 Kraljevina Španija poudarja, četrtič, da so isti pritožniki, preden so se obrnili na Komisijo, vložili tožbi v upravnem sporu zoper sporni postopek pred Tribunal Supremo, ki je najvišja španska sodna instanca in ki je v najboljšem položaju, da se izreče o dejanskem vprašanju, ki je bilo zastavljeno v tem primeru, in sicer o ugotovitvi razlogov za spremembo, ki se je zgodila v okviru drugega obvestila o razpisu. Tribunal Supremo pa je zavrnilo ti tožbi v upravnem sporu s sodbama z dne 11. februarja in 4. oktobra 2003, v katerih naj bi obravnavalo podelitev sporne koncesije tudi z vidika prava Skupnosti, in ugotovilo, da sta bili načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije spoštovani.

Presoja Sodišča

50 Najprej je treba poudariti, da čeprav Komisija Kraljevini Španiji očita kršitev členov 3 in 11(3), (6), (7), (11) in (12) Direktive 93/37, ta institucija ne prereka niti

dejstva, da je bilo obvestilo o razpisu objavljeno, niti tega, kdaj je bilo objavljeno, niti načina te objave, kakor je to predvideno v členu 11(7), (11) in (12) te direktive. Poleg tega je iz tožbe Komisije razvidno, da se ta glede člena 3 iste direktive nanaša le na njegov odstavek 1.

51 V teh okoliščinah je treba obravnavati tožbo Komisije zgolj glede na člena 3(1) in 11(3) in (6) Direktive 93/37.

52 Glede tega ni sporno, da je posel, ki se obravnava v tej zadevi, „koncesija za javne gradnje“ v smislu člena 1(d) Direktive 93/37. V skladu s to določbo je „koncesija za javne gradnje“ naročilo enake vrste kakor „javno naročilo gradenj“, razen če je razlog za opravljanje gradenj izključno pravica do uporabe konstrukcije ali pa ta pravica vključno s plačilom.

53 Člen 3(1) Direktive 93/37 določa, da če naročniki sklenejo pogodbo o javnih koncesijah za gradnje, se za to pogodbo uporabljajo predpisi o oglaševanju, kakor so opisani med drugim v členu 11(3) in (6) te direktive, če njihova vrednost ni manjša od 5.000.000 ekujev.

54 Člen 11(3) iste direktive zahteva, da naročniki, ki želijo podeliti koncesijo za gradnje, sporočijo svojo namero z objavo obvestila. To obvestilo mora biti, kot je razvidno iz

določbe odstavka 6 tega člena, sestavljeno v skladu z vzorci iz Priloge V k tej direktivi, v njem pa morajo biti navedene informacije, ki jih ta priloga zahteva.

55 Med informacijami, ki jih mora vsebovati to obvestilo, so v skladu z oddelkom II z naslovom „Predmet pogodbe“ te priloge V glavni predmet in dodatni predmeti pogodbe, opis in kraj izvedbe gradenj, na katere se nanaša koncesija, ter njihova količina in splošen obseg.

56 Ta obveznost oglaševanja z možnostjo primerjanja ponudb, ki jo vsebuje, zagotavlja raven konkurence, ki jo je za zadostno na področju koncesij za javne gradnje štel zakonodajalec Evropske unije.

57 Na tem področju odraža načeli enakega obravnavanja in preglednosti, ki ju morajo naročniki spoštovati v vseh okoliščinah.

58 S sestavo jasnega obvestila mora biti vsakemu potencialnemu, običajno obveščenemu in izkušenemu ter razumno skrbnemu ponudniku objektivno ponujena možnost, da ima konkretno predstavo o gradnjah, ki jih je treba izvesti, in o kraju te izvedbe in da v skladu s tem pripravi svojo ponudbo.

59 Ključen pomen obvestila glede javnih naročil in koncesij za gradnje je – kar zadeva informacije v pogojih, v katerih se spoštuje načelo enakega obravnavanja ponudnikov iz različnih držav članic – poudarjen v členu 11(11) Direktive 93/37, v skladu

s katerim morebitne objave informacij na nacionalni ravni ne smejo vsebovati drugih informacij razen tistih, objavljenih v *Uradnem listu Evropskih skupnosti*.

60 Vendar so lahko zaradi omejenega prostora, ki je na voljo v okviru vzorca obvestila o koncesiji iz Priloge V k Direktivi 93/37, informacije glede koncesije navedene v razpisni dokumentaciji, ki jo mora pripraviti koncedent in ki je naravno dopolnilo k obvestilu.

61 V tem primeru je treba ugotoviti, da dodatne gradnje, na katere se nanašajo očitki Komisije in katerih vrednost močno presega prag iz člena 3(1) Direktive 93/37, niso bile navedene v okviru predmeta zadevne koncesije, kakršen je opredeljen v drugem obvestilu in drugi razpisni dokumentaciji.

62 Vendar Kraljevina Španija meni, da bi bilo treba drugo razpisno dokumentacijo razumeti tako, da se sklicuje na temeljne predpise, ki se splošno uporabljajo za postopek javnega naročanja, zlasti na zakon o avtocestah, in da jo je treba razlagati glede na te predpise, katerih cilj je dati ponudnikom veliko svobodo pri pobudi. Zato naj bi morali ponudniki glede na člen 8 tega zakona razumeti, da jih je koncedent dejansko pozval k dajanju pobud in k ustvarjalnosti, zato da se razreši glavna težava, in sicer gostota prometa na avtocesti A-6. Ta težava naj bi bila splošno znana in naj bi bila nedvoumno razvidna iz statistik pristojnih nacionalnih organov. Poleg tega naj bi bilo logično, da se razume, da je koncedent pričakoval take predloge. To pričakovanje naj bi tudi potrjevala dejstvo, da nekatere gradnje niso bile več omenjene v drugi razpisni

dokumentaciji, zato da bi se pustilo več prostora za pobude ponudnikov, in formulacija členov 5(13) in (16) ter 29 druge razpisne dokumentacije.

63 To utemeljitev je treba zavrniti.

64 Treba je namreč poudariti, da se zaradi pojasnitve zahtev koncesije včasih ni mogoče izogniti temu, da se obvestilo ali razpisna dokumentacija sklicuje na nacionalne predpise glede tehničnih specifikacij na področju varnosti, zdravja, varovanja okolja ali drugih zahtev. Ta možnost sklicevanja pa koncedenta ne more oprostiti obveznosti oglaševanja, ki jih nalaga Direktiva 93/37, v skladu s katerimi mora biti predmet zadevne koncesije opredeljen v obvestilu in razpisni dokumentaciji, ki morata vsebovati informacije, ki so omenjene v točki 55 te sodbe. Ravno tako ni mogoče sprejeti zahteve po razlagi obvestila ali razpisne dokumentacije glede na te predpise, da bi se ugotovil dejanski predmet koncesije.

65 To zahtevo je treba razlagati ozko. Tako je Sodišče v okviru javnih naročil za gradnje izključilo zakonitost sklicevanja razpisne dokumentacije na nacionalno zakonodajo glede možnosti ponudnikov, da v skladu s členom 19, prvi in drugi odstavek, Direktive 93/37 predložijo različice svojih ponudb, glede na to, da v razpisni dokumentaciji niso bili določeni minimalni pogoji, ki jih morajo take različice izpolnjevati (glej sodbo z dne 16. oktobra 2003 v zadevi Traunfellner, C-421/01, Recueil, str. I-11941, točke od 27 do 29). Ta ugotovitev Sodišča je glede obveznosti preglednosti, katere namen je zagotavljati spoštovanje načela enakega obravnavanja ponudnikov, ki mora

biti upoštevano v okviru vsakega postopka oddaje javnega naročila, ki ga ureja Direktiva 93/37, veljavna tudi na področju koncesij za gradnje.

66 Treba je tudi dodati, da koncedent glede na morebitne posebnosti gradenj, ki so predmet koncesije, ponudnikom lahko pusti neko stopnjo za pobude glede oblikovanja njihovih ponudb.

67 Vendar za člena 5(13) in (16) ter 29 druge razpisne dokumentacije, ki je nadomestila prvo, ni mogoče šteti, kot da ponudnike pozivata k dajanju pobud zaradi oblikovanja alternativnih predlogov, ki se nanašajo na gradnje, ki niso jasno navedene v drugem obvestilu. Odstavek 13 člena 5 namreč zlasti ne opredeljuje natančneje lokacije ukrepov, ki jih je treba sprejeti za zmanjšanje morebitnega povečanja prometa zaradi izvajanja del iz drugega obvestila. Poleg tega se odstavek 16 navedenega člena 5 omejuje na to, da ponudnike poziva k podajanju predlogov za ukrepe za ustrezno „upravljanje“ medmestnega prometa na „območjih, na katera bo vplivala gradnja cest, ki so premet koncesije“, pri čemer pa ta območja sploh niso bila določena. Poleg tega se člen 29 ne sklicuje dovolj jasno na ukrepe, ki jih je treba sprejeti glede povezav plačljivega odseka avtoceste A-6 z Ávilo in Segovio.

68 Glede pobud in alternativnih ponudb ponudnikov, ki naj bi jih španska vlada pričakovala, ker je druga razpisna dokumentacija nadomestila prvo „iz tehničnih razlogov“ in „zaradi vnovične opredelitve predmeta razpisa“, je treba ugotoviti, da se poleg tega, da jih običajno obveščen in skrben ponudnik ni mogel razumeti v smislu, ki ga zatrjuje španska vlada, ne nanašajo na predmet sporne koncesije, ampak so del splošne prometne politike zadevne države članice. Tako bi lahko na podlagi takega razumevanja, kot upravičeno poudarja Komisija, ponudniki prosto in brez omejitev predlagali

izvedbo gradenj na celotnem območju avtonomne skupnosti Madrid in provinc Ávila in Segovia.

69 Poleg tega ponudniki morebitne splošne znanosti težave, ki obstaja na nacionalni ravni, za katero ni mogoče domnevati, da jo kot tako poznajo potencialni ponudniki iz drugih držav članic, ne morejo upoštevati kot implicitno merilo za opredelitev predmeta koncesije in tako vplivati na pomen, ki je s predpisi Unije pripisan obvestilu in razpisni dokumentaciji.

70 Tudi ob predpostavki, da so vsi ponudniki enako razumeli svojo svobodo za dajanje pobud, pa vsekakor ni v skladu z Direktivo 93/37, da se brez vsakršne preglednosti odda koncesija za javne gradnje, ki zajema tako imenovane „dodatne“ gradnje, ki so bile same „javno naročilo gradenj“ v smislu te direktive in katerih vrednost je presegala prag, ki je v njej določen.

71 V nasprotnem primeru bi to pomenilo, da za te tako imenovane „dodatne“ gradnje ne velja obveznost oglaševanja in da zato zanje ni potreben javni razpis. Ker bi ponudniki, ki bi izrabili možnost dajanja ponudb, povsem prosto podajali predloge, v katerih bi neodvisno in brez potrebe po upoštevanju prej določenega predmeta določili značilnosti, obseg in kraj predvidenih gradenj, ne bi bila mogoča nobena primerjava njihovih ponudb.

72 Dalje, treba je poudariti, da se Kraljevina Španija ne more učinkovito sklicevati na člen 61 Direktive 2004/18. Poleg tega, da se ta direktiva *ratione temporis* ne uporablja

za to zadevo, je namreč treba ugotoviti, da sporne dodatne gradnje v smislu prej navedene določbe niso „dodatne gradnje, ki niso vključene v prvotno obravnavani koncesionarski projekt“ in ki so zaradi nepredvidljivih okoliščin postale potrebne za izvedbo v njem opisanega naročila gradenj.

73 Načina ravnanja španskih organov v tej zadevi tudi ne more utemeljiti zgoraj navedena točka 3.1.1 Razlagalnega sporočila Komisije o koncesijah v pravu Skupnosti. To besedilo se namreč nanaša le na primer, ko koncedent nima možnosti, da bi svoje potrebe opredelil z dovolj natančnim tehničnim opisom, zaradi česar uporabi alternativne ponudbe, ki lahko predstavijo različne rešitve težave, izražene s splošnim opisom, za kar pa ne gre v tem primeru.

74 Zato je treba ugotoviti, da so bile dodatne gradnje oddane družbi Iberpistas, čeprav niso bile zajete v predmetu zadevne koncesije, kakor je opisan v drugem obvestilu in v drugi razpisni dokumentaciji, kar je kršitev členov 3(1) ter 11(3) in (6) Direktive 93/37 v zvezi s Prilogo V k tej direktivi.

75 Kot je razvidno iz točke 57 te sodbe, so določbe Direktive 93/37, ki zahtevajo ustrezno objavo, odraz načel enakega obravnavanja in preglednosti. Zato ni treba posebej obravnavati vprašanja morebitne kršitve teh načel.

76 Ugotovitve iz točke 74 te sodbe ne izpodbije utemeljitev Kraljevine Španije, da družba Iberpistas ni sama izvedla dodatnih gradenj, temveč jih je oddala tretjim podjetjem v skladu z zahtevami po oglaševanju iz člena 3(4) Direktive 93/37. Kot je pravilno

navedla Komisija, člen 3 te direktive namreč jasno nalaga tako koncedentu kot koncesionarju kumulativne, in ne alternativne obveznosti oglaševanja, ki jih morata oba spoštovati v vseh fazah postopka, zato da se ohrani polni učinek te določbe.

77 Ravno tako je brezpredmetna trditev Kraljevine Španije, da se je Komisija odločila začeti ta postopek zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi pritožb, ki so jih vložile osebe, ki nimajo zveze s spornim postopkom, in ne drugi ponudniki, dejansko in potencialno zainteresirani za podelitev zadevne koncesije.

78 Iz ustaljene sodne prakse namreč izhaja, da mora Komisija presoditi možnost delovanja proti državi članici, določiti določbe, ki naj bi jih ta kršila, in izbrati trenutek, v katerem bo proti njej začela postopek zaradi neizpolnitve obveznosti, preudarki, ki določajo to izbiro, pa ne smejo vplivati na dopustnost tožbe. V tem smislu pa, ko Komisija presoja zgolj smotrnost vložitve in vodenja tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti, Sodišče preverja, ali obstaja vtoževana neizpolnitev obveznosti, pri čemer ni pristojno za odločanje o izvajanju prostega preudarka s strani Komisije (glej v tem smislu sodbo z dne 8. decembra 2005 v zadevi Komisija proti Luksemburgu, C-33/04, ZOdl., str. I-10629, točke od 65 do 67 in navedena sodna praksa). Poleg tega dejstvo, da drugi konkurenčni ponudniki niso izpodbijali postopka podelitve sporne koncesije, ne vpliva na presojo zakonitosti tega postopka in utemeljenosti te tožbe.

79 Treba je tudi ugotoviti, da za odločanje v tej zadevi ni upoštevna niti trditev, da je Tribunal Supremo, ki sta mu bili predloženi tožbi v upravnem sporu zoper odločbo

koncedenta, v dveh sodbah odločilo, da ni bilo kršitve določb Direktive 93/37 niti načela enakega obravnavanja, in da je zato presojalo dejstva glede članov druge razpisne dokumentacije, kar naj bi bilo v pristojnosti nacionalnega sodišča.

80 Treba je namreč opozoriti, da postopek pred nacionalnim sodiščem zoper odločbo pristojnega organa, na katero se nanaša tožba zaradi neizpolnitve obveznosti, in odločba tega sodišča nikakor ne moreta vplivati na dopustnost ali utemeljenost tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jo je vložila Komisija. Tako postopek, odprt pred nacionalnimi sodišči, nikakor ne more vplivati na postopek iz člena 226 ES, ker ta postopka sledita različnemu cilju in imata različne učinke (glej v tem smislu sodbe z dne 17. februarja 1970 v zadevi Komisija proti Italiji, 31/69, Recueil, str. 25, točka 9; z dne 18. marca 1986 v zadevi Komisija proti Belgiji, 85/85, Recueil, str. 1149, točka 24; z dne 10. junija 2004 v zadevi Komisija proti Italiji, C-87/02, ZOdl., str. I-5975, točka 39, in z dne 4. maja 2006 v zadevi Komisija proti Združenemu kraljestvu, C-508/03, ZOdl., str. I-3969, točka 71).

81 Glede na vse navedene preudarke je treba ugotoviti, da ker je Kraljevina Španija družbi Iberpistas 5. novembra 1999 oddala:

– gradnjo tretjega voznega pasu v obeh smereh na delu plačljivega odseka avtoceste A-6 med Villalbo in razcepom Valle de los Caídos,

– gradnjo tretjega dvosmernega voznega pasu na delu plačljivega odseka avtoceste A-6 med razcepom Valle de los Caídos in San Rafaelom, vključno z gradnjo novega predora, in

– gradnjo četrtega voznega pasu v obeh smereh na brezcestninskem odseku avtoceste A-6 med Madridom in Villalbo,

ne da bi bile te gradnje navedene v predmetu pogodbe o koncesiji za javne gradnje, kakor je opisan v obvestilu, objavljenem v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* in v razpisni dokumentaciji, ni izpolnila obveznosti iz členov 3(1) ter 11(3) in (6) Direktive 93/37 v zvezi s Prilogo V k tej direktivi.

82 V preostalem se tožba zavrne.

Stroški

83 V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker je Komisija predlagala, naj se Kraljevini Španiji naloži plačilo stroškov, in ker ta s predlogi v bistvenem ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrti senat) razsodilo:

1. Ker je Kraljevina Španija družbi Ibérica de Autopistas SA 5. novembra 1999 oddala:

– **gradnjo tretjega voznega pasu v obeh smereh na delu plačljivega odseka avtoceste A-6 med Villalbo in razcepom Valle de los Caídos,**

– **gradnjo tretjega dvosmernega voznega pasu na delu plačljivega odseka avtoceste A-6 med razcepom Valle de los Caídos in San Rafaelom, vključno z gradnjo novega predora, in**

– **gradnjo četrtega voznega pasu v obeh smereh na brezcestninskem odseku avtoceste A-6 med Madridom in Villalbo,**

ne da bi bile te gradnje navedene v predmetu pogodbe o koncesiji za javne gradnje, kakor je opisan v obvestilu, objavljenem v *Uradnem listu Evropskih skupnosti* in v razpisni dokumentaciji, ni izpolnila obveznosti iz členov 3(1) ter 11(3) in (6) Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje v zvezi s Prilogo V k tej direktivi.

2. V preostalem se tožba zavrne.

3. Kraljevini Španiji se naloži plačilo stroškov.

Podpisi