SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA JÁNA MAZÁKA,

predstavljeni 22. septembra 2009 [1]

1. Komisija s to tožbo, vloženo na podlagi člena 226 ES, Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Francoska republika s tem, da je sprejela in ohranila v veljavi člena 73 in 74-IV Code des marchés publics [2] (v nadaljevanju: izpodbijani določbi), kolikor ti določbi urejata postopek za oddajo naročila za opredelitev vlog (*marché de définition)* [3], ki omogoča, da naročnik dodeli naročilo za izvršitev (javnih naročil gradenj, blaga ali storitev) enemu od imetnikov začetnega naročila za opredelitev vlog, ne da bi ga ponovno izpostavil konkurenci, ali vsaj tako, da ga izpostavi omejeni konkurenci teh imetnikov, ni izpolnila obveznosti iz členov 2, 28 in 31 Direktive 2004/18/ES. [4]

I – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

2. Člen 2 Direktive z naslovom „Načela za oddajo naročil“ določa, da „morajo naročniki obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno“.

3. Člen 28 Direktive z naslovom „Uporaba odprtih in omejenih postopkov, postopkov s pogajanji ter konkurenčnega dialoga“ določa:

„Pri oddaji javnih naročil morajo naročniki uporabljati nacionalne postopke, ki so prilagojeni namenom te direktive.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – Zakonik o javnih naročilih, kakor je bil sprejet z odlokom št. 2006-975, z dne 1. avgusta 2006 (Uradni list Francoske republike št. 179 z dne 4. avgusta 2006, str. 11627) in je začel veljati 1. septembra 2006 (v nadaljevanju: CMP 2006).

3 – To so javna naročila za oblikovanje parametrov, vključno za javna naročil gradenj, blaga ali storitev, in se imenujejo tudi „razpis za oblikovanje rešitev“ ali „javna naročila za opredelitev vlog“. Opažam, da je v predmetni zadevi obravnavan le postopek z več naročili za opredelitev vlog – ki se uporablja, kadar so izpolnjeni pogoji iz člena 73(3) CMP 2006 – in ne postopek, v katerem je oddano le eno naročilo za opredelitev vlog.

4 – 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) (v nadaljevanju: Direktiva ali Direktiva 2004/18).

Naročniki morajo javna naročila oddati ob uporabi odprtega ali omejenega postopka. V posebnih razmerah, ki so izrecno določene v členu 29, lahko naročniki oddajo svoja javna naročila s pomočjo konkurenčnega dialoga. V posebnih primerih in razmerah, izrecno navedenih v členih 30 in 31, lahko uporabijo postopek s pogajanji z ali brez predhodne objave."

4. Države članice so morale sprejeti zakone, podzakonske akte in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, najpozneje do 31. januarja 2006.

B – *Nacionalno pravo*

5. CMP 2006, ki je začel veljati 1. septembra 2006, med drugim določa:

„Člen 73

Če naročnik ne more opredeliti zahtevanih ciljev in izvedbe javnega naročila, tehnik, ki naj se uporabijo, in potrebnih človeških in materialnih virov, lahko izvede naročilo za opredelitev vlog.

Namen teh javnih naročil je raziskati možnosti in pogoje za poznejšo opredelitev javnega naročila, po potrebi z izdelavo modela ali z demonstratorjem. Omogočiti morajo tudi oceno in izračun višine cen za storitve ter različnih faz v izvedbi.

V okviru enotnega postopka je po več naročilih za opredelitev vlog, ki imajo enak predmet in so oddana sočasno, izvedba javnega naročila oddana po izpostavitvi imetnikov začetnega naročila za opredelitev vlog omejeni konkurenci v skladu z naslednjimi določbami:

(1) V obvestilu o javnem naročilu je opredeljen predmet naročil za opredelitev vlog, ki bodo oddana sočasno, in predmet poznejšega naročila za izvršitev.

(2) V obvestilu o javnem naročilu so opredeljena merila za izbiro vlog. Ta merila upoštevajo zmogljivosti in sposobnosti, ki

se zahtevajo od kandidatov, za naročila za opredelitev vlog in za poznejše naročilo za izvršitev.

(3) V obvestilu o javnem naročilu so opredeljena merila za izbiro ponudb za naročila za opredelitev vlog, ki so oddana sočasno, in merila za izbiro ponudb za poznejše naročilo za izvršitev.

(4) V vrednosti, ki se primerja s pragovi, so upoštevani stroški opredelitvenih študij in ocenjena vrednost izpolnitvene pogodbe.

(5) Število naročil za opredelitev vlog, ki so sočasno oddana v okviru predmetnega postopka, ne sme biti nižje od treh, če je prijavljenih zadosti kandidatov.

Naročilo ali okvirni sporazum podeljuje odbor za javna naročila za lokalne oblasti oziroma se podeli po pridobitvi mnenja odbora za javna naročila za državo, subjekte s področja javnega zdravstva in subjekte s področja javnih socialnih ali socialno-zdravstvenih storitev.“

„Člen 74

IV. V okviru enotnega postopka se po naročilih za opredelitev vlog, ki so imela enak predmet in so bila oddana sočasno, lahko odda naročilo ali okvirni sporazum za upravljanje projektov po izpostavitvi imetnikov začetnega naročila za opredelitev vlog omejeni konkurenci v skladu s pogoji iz tretjega odstavka člena 73.“

II – Postopek

6. Komisija je 18. oktobra 2004 Francoski republiki poslala prvi pisni opomin in 12. decembra 2006 dodaten pisni opomin. Ker ni bila zadovoljna z odgovori Francoske republike, je 27. junija 2007 izdala obrazloženo mnenje. Ker je Komisija menila, da neizpolnitev obveznost še vedno traja in ni bila zadovoljna s prejetimi odgovori, se je odločila vložiti to tožbo. Obe stranki sta na obravnavi 10. junija 2009 ustno podali svoja stališča.

III – Presoja

A – *Glavne trditve strank*

7. Komisija zatrjuje, da Francoska republika dovoljuje oddajo naročila na podlagi prosto sklenjenega medsebojnega sporazuma – ali z omejeno konkurenco – v primerih, ki jih Direktiva ne predvideva. Po mnenju Komisije je po naravi stvari nemogoče, da so predmet in merila dodelitve naročila natančno znana, ko sam projekt še ni opredeljen in naročila za opredelitev vlog še niso bila izvedena. Naročilo za opredelitev vlog in naročilo za izvršitev sta povsem različni vrsti javnih naročil in ju zato ni mogoče oddati v okviru enotnega postopka. Komisija meni, da se postopek za oddajo naročila za opredelitev ne izvede niti s konkurenčnim dialogom, niti s sklenitvijo okvirnega sporazuma v smislu členov 29 in 32 Direktive, niti ga ni mogoče opredeliti kot izpeljanko konkurenčnega dialoga.

8. Francoska vlada zatrjuje, da izpodbijani določbi nista v nasprotju z Direktivo, ki je zgolj uskladitvena direktiva. Meni, da je mogoče predmet in merila za poznejše naročilo za izvršitev razbrati iz objave naročil za opredelitev vlog. Poleg tega francoska vlada zatrjuje, da Direktiva ureja dva postopka, katerih značilnosti so podobne značilnostim francoskega postopka za oddajo naročil za opredelitev vlog – okvirni sporazum in konkurenčni dialog. Tako je že sam zakonodajalec Skupnosti opredelil zaplete postopke, v okviru katerih so naročila izpostavljena konkurenci v dveh fazah, vendar ne izčrpno.

B – *Presoja*

1. Splošne pripombe

9. Komisija zatrjuje, da francoska zakonodaja s tem, da je razlikovala med naročilom za opredelitev vlog in naročilom za izvršitev, ter s tem, da je v nekaterih primerih dovolila dodelitev slednjega naročila enemu od imetnikov začetnega naročila za opredelitev vlog, ne da bi se ponovno izpostavili konkurenci, ali vsaj tako, da se izpostavijo omejeni konkurenci teh imetnikov, krši temeljna načela enakosti in preglednosti, ki veljata za Direktivo. V zvezi s tem je treba poudariti, da se zdi, da se argument, da naročila za opredelitev vlog niso izpostavljena nikakršni konkurenci, nanaša na besedilo določb CMP 2004. [5] Tako bom preučil argument Komisije, ki se nanaša na izpodbijani določbi – to pomeni na CMP 2006, ki je bil namenjen prenosu Direktive v nacionalno pravo –, in sicer da te določbe izpostavljajo naročila za izvršitev konkurenci, ki je omejena le na imetnike začetnih naročil za opredelitev vlog, in sicer v primerih, ki niso predvideni z Direktivo.

5 – Zakonik o javnih naročilih, kakor je bil sprejet z odlokom št. 2004-15, z dne 7. januarja 2004 (Uradni list Francoske republike št. 6 z dne 8. januarja 2004, str. 703) (v nadaljevanju: CMP 2004), ki ga je nadomestil CMP 2006.

2. Izčrpnost člena 28 Direktive

10. Stranki sta pri podajanju stališč v zvezi s tem na široko razpravljali, ali je seznam postopkov za oddajo javnih naročil iz člena 28 Direktive izčrpen, saj očitno ne ureja naročil za opredelitev vlog.

12. Iz naslova Direktive ter druge in tretje uvodne izjave njene preambule je namreč zelo jasno razvidno, da je cilj Direktive uskladiti nacionalne postopke za oddajo javnih naročil. Tako ne vsebuje enotnega in izključujočega sklopa skupnostnih pravil na tem področju. Države članice znotraj okvira skupnih pravil, ki jih vsebuje Direktiva, prosto ohranjajo ali sprejemajo materialna ali procesna pravila glede javnih naročil, če spoštujejo vse upoštevne določbe prava Skupnosti. Vendar dejstvo, da Direktiva ni privedla do popolne uskladitve pravil glede postopkov za oddajo javnih naročil, ne pomeni, da nekaterih njenih določb ni mogoče razumeti tako, da določene zadeve urejajo izčrpno.

11. Francoska vlada zatrjuje, da ob upoštevanju tretje uvodne izjave v preambuli Direktive in člena 28 namen Direktive ni bil ukiniti vse posebne nacionalne postopke. Francoska vlada s sklicevanjem na sodbo Sodišča v zadevi CEI in drugi [6] glede Direktive Sveta 71/305/EGS [7] zatrjuje, da „lahko države članice prosto ohranjajo ali sprejemajo materialna in postopkovna pravila na področju javnih naročil, če spoštujejo vse upoštevne določbe prava Skupnosti in zlasti prepovedi, ki izhajajo iz načel, določenih s Pogodbo, glede pravice do ustanavljanja in do svobodnega opravljanja storitev“. [8]

13. Prvič, zadošča navesti, da se francoska vlada ne more sklicevati na sodno prakso iz zadeve CEI in drugi, ker se člen 28 Direktive 2004/18 v bistvenem razlikuje od člena 2 Direktive 71/305 – zakonodajalec Skupnosti je dopolnil člen 28 Direktive s povsem novim drugim odstavkom, ki je v obravnavani zadevi odločilen.

14. Drugič, na podlagi nekaterih dejavnikov je mogoče prepričljivo sklepati, da je treba postopke iz člena 28 Direktive šteti za izčrpne. Na splošno, besedilo tega odstavka nima značilnosti, ki jih najdemo na tako imenovanih odprtih seznamih. Nasprotno, člen ne našteva le dveh standardnih postopkov,

6 – Sodba z dne 9. julija 1987 v združenih zadevah CEI in Bellini (od 27/86 do 29/86, Recueil, str. 3347).

7 – Direktiva 71/305/EGS Sveta z dne 26. julija 1971 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj (UL L 185, str. 5).

8 – V opombi 6 navedena sodba v zadevi CEI in drugi, točka 15. Glej tudi sodbo z dne 20. septembra 1988 v zadevi Beentjes (31/87, Recueil, str. 4635, točka 20). Francoska vlada zatrjuje, da je to sodno prakso mogoče prenesti na Direktivo 2004/18 zlasti zato, ker je druga uvodna izjava preambule Direktive 71/305 postala tretja uvodna izjava preambule Direktive 2004/18 in člen 2 Direktive 71/305 je postal člen 28 Direktive 2004/18.

temveč tudi dva posebna postopka in tako prepoveduje drugačno dopolnilno razlago seznama postopkov. Poleg tega tudi Direktiva kot celota ne vsebuje nobene določbe, ki bi dopuščala takšno dopolnitev.

15. Kot bo pojasnjeno spodaj, se postopek za oddajo naročil za opredelitev vlog očitno razlikuje od postopkov, ki jih določa Direktiva, in ga ni mogoče vključiti v nobeno določbo Direktive. Pravzaprav je francoska vlada v odgovoru na tožbo in v dupliki celo izrecno priznala, da Direktiva ne ureja naročil za opredelitev vlog.

16. Postopki, ki jih Direktiva ureja, so ti. Zakonodajalec Skupnosti je, kot je jasno razvidno iz drugega odstavka člena 28 Direktive, uredil dva postopka, ki naj bi se praviloma uporabljala v državah članicah. To sta odprti in omejeni postopek in lahko ju imenujemo standardna ali običajna postopka. Dalje, konkurenčni dialog lahko štejemo za poseben ali izjemen postopek, izvedbo in pogoje katerega določa člen 29 Direktive. [9] Enako je mogoče postopek s pogajanji z objavo obvestila o javnem naročilu ali brez nje šteti za posebni ali izjemni postopek, pogoje katerega določata člena 30 in 31 Direktive. [10]

17. Vendar francoska vlada navaja, da določene posebne postopke za oddajo javnega naročila, ki niso omenjeni v členu 28 Direktive, Direktiva ureja v poglavju V z naslovom „Postopki“. Francoska vlada se sklicuje na okvirne sporazume, dinamične nabavne sisteme in javna naročila gradenj: posebna pravila za subvencioniranje stanovanjskih programov. Urejeni so v členih 32, 33 in 34 Direktive.

18. V zvezi s tem, prvič, okvirni sporazumi in dinamični nabavni sistemi sta posebni obliki javnih naročil oziroma različici obstoječih postopkov. Nista novi obliki postopkov za oddajo javnega naročila, ki so kot taki opredeljeni v členu 28 Direktive. Poleg tega je iz besedila členov 32(2) in 33(2) Direktive razvidno, da morajo države članice upoštevati postopkovna pravila iz člena 28 Direktive. Drugič, glede pravil za subvencioniranje

9 – Glej Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2. izdaja, Oxford 2007, str. 427, opomba 187.

10 – Takšno razumevanje podpirajo pripravljalna dela za sprejetje Direktive. V predlogu Direktive je utemeljitev besedila člena 28 Direktive pojasnjena s tem, da „[je] dodan nov odstavek 2, ki izrecno določa načelo, da sta odprti in omejeni postopek standardna postopka. Nov odstavek 3 (ki je bil pozneje združen z odstavkom 2) podrobneje določa izjemo, v skladu s katero lahko države članice uporabijo postopek s pogajanji le v določenih primerih in pod določenimi pogoji, ki so navedeni v členih 29, 30 in 31.“

stanovanjskih programov je iz naslova člena 34 Direktive jasno razvidno, da se nanaša na „posebna pravila“ in ne gre za postopkovna pravila. Prej gre za izjemo od določb, ki urejajo splošni postopek. Pravzaprav je sam obstoj člena 34 Direktive in posebnih pravil, ki jih določa, v podporo stališču, da je treba seznam postopkov za oddajo javnega naročila v poglavju V Direktive šteti za izčrpen.

19. V tem kontekstu lahko navedem, da se francoska vlada v svojih stališčih glede prednosti in razloga za postopek za oddajo naročil za opredelitev vlog sklicuje predvsem na kompleksna naročila, pri katerih naročniki „ne morejo opredeliti ciljev in izvedbe javnega naročila, tehnik, ki naj se uporabijo, in zahtevanih […] virov“. [11] Iz pripravljalnih del za sprejetje Direktive je očitno razvidno, da se je zakonodajalec Skupnosti zavedal teh pomislekov. [12] Zato je med postopke za oddajo javnega naročila vključil nov postopek v obliki konkurenčnega dialoga, ni pa se odločil za vključitev postopka za oddajo naročila za opredelitev vlog. [13]

20. Poleg tega poskuša francoska vlada zagovarjati svoje stališče z zatrjevanjem, da je treba naročila za opredelitev vlog šteti za analogna postopkoma, ki sta urejena z Direktivo – okvirnemu sporazumu in konkurenčnemu dialogu. V zvezi s prvim je njegovo izpostavitev konkurenci mogoče razdeliti na dve stopnji, pri čemer je zadnja stopnja izpostavljena omejeni konkurenci uspešnih imetnikov prvega naročila in omogoča natančnejšo opredelitev pogojev drugega naročila. V zvezi z drugim postopek za oddajo naročil za opredelitev vlog omogoča naročniku, da določi pogoje naročila, za katerega so bila predhodno že določena merila za dodelitev. Tako je po mnenju francoske vlade zakonodajalec Skupnosti uredil zapletene postopke, v okviru katerih so naročila izpostavljena konkurenci v dveh fazah, vendar ne izčrpno.

21. Teh trditev ni mogoče sprejeti. Zadostuje, da poudarim, da francoska vlada ne ugovarja dejstvu, da postopek za oddajo naročila za opredelitev vlog ne sodi niti med konkurenčni dialog niti med okvirne sporazume v smislu členov 29 in 32 Direktive. Konkurenčni dialog in okvirni sporazum sta obliki javnega naročila, za kateri veljajo posebne določbe. Zakonodajalec Skupnosti je priznal, da sta posebni, in določil pravila, ki zagotavljajo spoštovanje načel iz člena 2 Direktive.

22. Če bo ugotovljeno, da je seznam iz člena 28 Direktive izčrpen, francoska vlada podredno zatrjuje, da je treba postopke za

11 – Glej člen 73 CMP 2006.

12 – Predlog Direktive na strani 6 določa, da „[se] pri posebej zapletenih pogodbah […] kupci zelo zavedajo svojih potreb, vendar ne vedo vnaprej, kakšna tehnična rešitev je najboljša za zadovoljitev teh potreb. Razgovor o naročilu in dialog med kupci in dobavitelji sta v takem primeru nujno potrebna. Vendar standardni postopki, ki so urejeni v direktivah s področja javnega sektorja […] dopuščajo zelo malo prostora za pogovore med oddajo javnega naročila in je zato mogoče šteti, da v tovrstnih primerih niso dovolj fleksibilni.“

13 – Eden od mogočih razlogov je, da vključitev naročil za opredelitev vlog niso imeli za nujno potrebno, ker je ta postopek po naravi podoben novemu postopku konkurenčnega dialoga – ki je bil prenesen v francosko pravo v členu 67 CMP 2006 kot povsem avtonomen postopek – za katerega se zdi, da pomeni odgovor na enake pomisleke.

oddajo naročila za opredelitev vlog presojati kot različico konkurenčnega dialoga. Zdi se, da je francoska vlada v svojo obrambo podala ta podredni argument prvič pred Sodiščem. Pred tem je ta vlada zagovarjala nasprotno stališče, in sicer da naročila za opredelitev vlog ne sodijo v okvir konkurenčnega dialoga in da niso urejena z Direktivo. Pravzaprav je prav v teh navedbah izpostavljala številne razlike med tema postopkoma. V vsakem primeru menim, da argument ni v podporo stališču francoske vlade. Zadostuje, da poudarim, da med postopkoma obstajajo pomembne razlike, nenazadnje tudi zato, ker je konkurenčni dialog postopek za oddajo enega javnega naročila, medtem ko je cilj postopka za oddajo naročila za opredelitev vlog pri oddaji dveh naročil, pri čemer je drugo naročilo oddano po izpostavitvi omejeni konkurenci imetnikov začetnega naročila.

3. Enakopravno, nediskriminatorno in transparentno obravnavanje gospodarskih subjektov

23. V vsakem primeru je treba, čeprav bi sprejeli, da je pod določenimi pogoji mogoče prilagoditi postopke, ki so našteti v členu 28 Direktive, ob upoštevanju značilnosti in delovanja postopka za oddajo naročil za opredelitev vlog navesti, da ne le da tega postopka ni mogoče vključiti v člen 28 Direktive, temveč tudi da nasprotuje načelom iz druge uvodne izjave preambule Direktive in člena 2 Direktive. [14]

24. V nasprotju s trditvami francoske vlade menim, da Komisija utemeljeno zatrjuje, da je po naravi stvari nemogoče, da so predmet in merila dodelitve javnega naročila (za izvršitev) natančno znana, ko sam projekt še ni opredeljen in naročila za opredelitev vlog še niso bila izvedena. Naročilo za opredelitev vlog in naročilo za izvršitev sta povsem različni vrsti javnih naročil, čemur, kot se zdi, francoska vlada ni nikoli ugovarjala. Vsako naročilo ima svoj predmet in svoja merila za dodelitev in na tej podlagi morata obe naročili spoštovati določbe Direktive ter ju ni mogoče dodeliti v okviru enotnega postopka. Z drugimi besedami, ker ima naročilo za izvršitev svoj predmet in merila za dodelitev, bi moralo biti izpostavljeno konkurenci in ne bi smelo biti omejeno le na imetnike začetnega naročila za opredelitev vlog.

14 – Zdi se, da moje stališče podpira francoska pravna teorija. Glej, najnovejše, na primer, Monjal, P.-Y., „*Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude*“, Revue du Droit de l'Union européenne, št. 4, 2008, str. 729–738. Za primer z naročili za opredelitev vlog glej tudi na primer sodbo francoskega Conseil d'État z dne 3. marca 2004, št. 258 272, v „Société Mak System“.

25. Sodišče je v sodbi Komisija proti Franciji (Le Mans) [15] presodilo, da „[f]rancoska vlada […] navaja, da zaradi v objavi obvestila o naročilu […] predvidene možnosti, da zadevno naročilo za drugo fazo odda izbranemu udeležencu natečaja za načrt, javni naročnik naj ne bi bil zavezan, da pred oddajo naročila objavi novo obvestilo o naročilu“. Sodišče je navedlo, da „te trditve ni mogoče sprejeti. Načelo prepovedi diskriminacije različnih ponudnikov storitev […] in načelo preglednosti, ki iz njega izhaja, […] namreč *zahtevata, da morajo biti predmet vsakega naročila in merila za njegovo oddajo jasno določeni*“. [16]

26. V isti sodbi je Sodišče nadaljevalo: „[t]aka zahteva je določena zato, ker so predmet naročila in merila za njegovo oddajo odločilni za presojo, katerega od postopkov, predvidenih v Direktivi, je treba uporabiti in ali so bile izpolnjene zahteve tega postopka.“ Sodišče je zato presodilo, da „v obravnavani zadevi zgolj možnost oddaje naročila za drugo fazo v skladu z merili, ki so bila določena za različno naročilo, in sicer naročilo za prvo fazo, ni enaka njegovi oddaji v skladu z enim izmed postopkov, predvidenih v Direktivi.“

27. Francoska vlada je v obravnavani zadevi sama v svojo obrambo pred Sodiščem priznala, da je v zgoraj navedeni sodbi „Sodišče negativno odločilo o postopku, ki je analogen [naročilom za opredelitev vlog]“. Menim, da je očitno, da naročila za opredelitev vlog praviloma ne omogočajo, da bi lahko že na začetku dovolj natančno ugotovili predmet, merila za izbiro in dodelitev drugega naročila (tj. naročilo za izvršitev), da bi bile izpolnjene zahteve iz zgoraj navedene sodbe. Razlog za to je, da je cilj začetnih naročil za opredelitev vlog pravzaprav v opredelitvi predmeta in razpisnih pogojev za poznejše naročilo za izvršitev.

28. Tako je postopek za oddajo naročil za opredelitev vlog na podlagi izpodbijanih določb v nasprotju z načelom preglednosti iz člena 2 Direktive. Postopek ustvarja pravno negotovost tako za naročnike kot za gospodarske subjekte zaradi z njim povezanega tveganja sodnih postopkov.

29. Francoska vlada ugovarja argumentu iz zgoraj navedene točke 27 in zatrjuje, da je cilj naročil za opredelitev vlog le opredeliti vse tehnične podrobnosti poznejšega naročila in ne njegovega predmeta. Vendar zadošča, če navedem, da samo besedilo člena 73 CMP 2006 tega ne podpira: v drugem odstavku je

15 – Sodba z dne 14. oktobra 2004 (C-340/02, ZOdl., str. I-9845, imenovana tudi „*La Chauvinière*“, točke od 33 do 36 in navedena sodna praksa).

16 – Moj poudarek.

določeno, da je „namen teh javnih naročil […] raziskati možnosti in pogoje za poznejšo opredelitev javnega naročila, po potrebi z izdelavo modela ali z demonstratorjem." Poleg tega, čeprav je v določenih primerih naročila za opredelitev vlog mogoče opredeliti zgolj tehnične specifikacije, obravnavani postopek vsekakor dopušča dopolnitev razpisnih pogojev naročila za izvršitev ali celo njihovo opredelitev v celoti.

30. Dalje, francoska vlada vztraja, da je mogoče ugotoviti predmet in merila za poznejše naročilo za izvršitev že od objave naročil za opredelitev vlog. Navaja, da obstaja veliko primerov, v katerih so merila za izbor kandidatov za naročilo za izvršitev dovolj neodvisna od naročil za opredelitev vlog, da jih je mogoče opredeliti že v fazi naročil za opredelitev vlog. Francoska vlada je v svojih trditvah pred Sodiščem podala tri take primere.

31. V vsakem primeru je treba poudariti, prvič, da je francoska vlada na obravnavi priznala, da dejansko nastajajo težave – očitno obstajajo primeri, ko naročila za opredelitev vlog niso namenjena zgolj opredelitvi tehničnih podrobnosti, temveč se namesto tega uporabljajo za dopolnitev ali oblikovanje razpisnih pogojev za naročilo za izvršitev. Komisija je pred Sodiščem navedla tri takšne primere. Tako menim, da francoska vlada ni dokazala, da izpodbijani določbi v vseh primerih in ob vsakem času omogočata preglednost in zadostno jasnost, ki zagotavlja, da „[so] predmet [naročila za izvršitev] in merila za njegovo dodelitev jasno določena". [17] V vsakem primeru zgolj splošna opredelitev, kot je „urbanizacija mestnega okrožja X", ki bo predvidoma zelo pogosto edina mogoča opredelitev v fazi javnega razpisa za naročila za opredelitev vlog, vsekakor ne izpolnjuje standarda, ki ga zahteva Sodišče v sodbi Komisija proti Franciji (Le Mans). [18]

32. Nenazadnje menim, da je pomembno poudariti, da je postopek za oddajo naročila za opredelitev vlog pristranski. Medtem ko je celoten namen Direktive, da je treba zaščititi spodbujanje konkurence med gospodarskimi subjekti, je naročilo za opredelitev vlog naslovljeno le na določen tip gospodarskih subjektov – na tiste in le tiste, ki imajo tako oblikovalske kot gradbene zmogljivosti. Postopek za oddajo naročil za opredelitev vlog že po svoji naravi naredi takšno predhodno izbiro med vsemi mogočimi gospodarskimi subjekti. Menim, da to nasprotuje

17 – Naveden v opombi 15, točka 34.

18 – Zadeva je navedena v opombi 15. Glej Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, str. 448: „trenutno veljavne direktive […] ne vsebujejo izrecne zahteve za natančne specifikacije v odprtih in omejenih postopkih. Vendar lahko ta zahteva izhaja iz načela preglednosti. Na primer, verjetno ni sprejemljivo navesti zgolj potrebe po ponudbah za ‚šolo', ne da bi jasno navedli, na primer, število dijakov in glavno vrsto potrebnih obratov. Razumna natančnost je potrebna najpozneje v javnem razpisu."

namenu pravil Skupnosti o javnem naročanju. Jasno je, da bo ne glede na to, kako se odvijejo naročila za opredelitev vlog v posameznem primeru, posledica rešitve tega postopka omejen javni razpis.

33. Iz zgornjih navedb izhaja, da izpodbijani določbi omogočata oddajo javnih naročil v omejeni konkurenci v primerih, ki niso določeni z Direktivo in jih ni mogoče opravičiti z nobeno izjemo, predvideno z Direktivo.

IV – Stroški

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

V – Predlog

35. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj:

1. ugotovi, da Francoska republika s tem, da je sprejela in ohranila v veljavi člena 73 in 74 IV Code des marchés publics (zakonika o javnih naročilih), kakor je bil sprejet z odlokom št. 2006/975 z dne 1. avgusta 2006, kolikor te določbe predvidevajo postopek za oddajo naročila za opredelitev vlog (*marché de définition)* (javna naročila za opredelitev parametrov, vključno za javna naročila gradenj, blaga ali

storitev), ki omogoča, da naročnik dodeli javno naročilo gradenj, blaga ali storitev enemu od imetnikov začetnega naročila za opredelitev vlog tako, da ga izpostavi omejeni konkurenci teh imetnikov, ni izpolnila obveznosti iz členov 2, 28 in 31 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev;

2. Francoski republiki naloži plačilo stroškov.