SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA M. POIARESA MADURA,

predstavljeni 17. decembra 2008 [1]

1. Ta tožba, ki jo je Evropska komisija vložila zoper Grčijo, se nanaša na javno naročilo v zvezi z elektrarno na otoku Kreta. Komisija trdi, da naročnik, s tem da, prvič, ni objavil javnega razpisa in, drugič, v primernem roku ni podal razlogov za zavrnitev ene izmed ponudb, ni izpolnil svojih obveznosti iz Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju. [2]

Dejansko stanje

2. Julija 2003 je družba Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (grško javno elektropodjetje, v nadaljevanju: DEI) objavila javni razpis za nakup in namestitev dveh enot za proizvodnjo termoelektrične energije za elektrarno v mestu Atherinolakos na otoku Kreta. Družba DEI je ugotovila, da predložene ponudbe niso v celoti izpolnjevale pogojev iz javnega razpisa, zato je bil projekt ustavljen. Maja 2004 je bilo za isti projekt objavljeno novo povabilo k oddaji ponudb, ki se je rahlo razlikovalo od prvega. Vseh pet ponudb, ki so bile predložene v okviru drugega razpisa, so bile zavrnjene kot „neprimerne“, ker niso v celoti izpolnjevale določenih tehničnih specifikacij, in postopek je bil ponovno ustavljen.

3. Ne da bi družba DEI objavila nov javni razpis, je 14. decembra 2004 pisala petim ponudnikom, ki so sodelovali v drugem krogu, in jih pozvala, naj v 15 dneh predložijo „dokončne finančne ponudbe“ in popravijo vsa neskladja, predvsem tehnična, med prejšnjimi ponudbami in projektnimi specifikacijami. V tem dopisu je družba DEI pojasnila, da se je odločila opustiti povabilo k oddaji ponudb zaradi – med drugim – „splošne zgodovine primera“, „časa, ki je potreben za namestitev dveh novih enot, namreč 29 oziroma 31 mesecev“, „zahteve, da se pravočasno zadosti od leta 2007 nujnim potrebam otoka Krete po elektriki“, in „nepredvidene zamude pri oddaji naročila, do katere je prišlo zaradi nezadovoljivega izida prejšnjih povabil k oddaji ponudb.“ Vseh pet ponudnikov, ki so sodelovali v drugem krogu, je predložilo nove ponudbe.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.
2 – UL L 199, str. 84.

4. Družba DEI je 7. februarja 2005 enemu izmed ponudnikov sporočila, da zavrača njegovo ponudbo, ne da bi navedla kakršenkoli razlog. Ta ponudnik je družbi DEI 10. februarja, 11. februarja in 10. marca 2005 poslal tri dopise, ministrstvu za razvoj pa 17. in 31. marca dva dopisa, v katerih je prosil, naj ga obvestijo o razlogih za zavrnitev njegove ponudbe. Družba DEI je končno odgovorila 4. aprila 2005. Ponudnik je pri Monomeles Protodikeio Athinon (prvostopenjsko sodišče v Atenah) predlagal izdajo začasne odredbe, vendar je bil njegov predlog 7. julija 2005 zavrnjen. Družba DEI je 15. septembra 2005 sklenila pogodbo z drugim ponudnikom.

5. Neuspešni ponudnik je vložil pritožbo na Evropsko komisijo, ki je glede na to, da družba DEI postopka ni izpeljala v skladu s pravom Skupnosti, in glede na visoko vrednost naročila zoper Grčijo uvedla postopek zaradi kršitve. Ker Komisija ni bila zadovoljna z odgovorom grških organov na njen pisni opomin in obrazloženo mnenje, je vložila tožbo, s katero je Sodišču predlagala, naj ugotovi, da Grčija ni izpolnila obveznosti iz člena 20(2)(a) Direktive 93/38 o postopku oddaje javnega naročila brez predhodnega povabila k oddaji ponudb in iz člena 41(4) navedene direktive o obveznosti navedbe razlogov neuspešnim ponudnikom.

I – Neobstoj povabila k oddaji ponudb

6. Upošteven je člen 20(2)(a) Direktive 93/38, ki določa: „[n]aročniki lahko uporabijo postopek oddaje javnega naročila brez predhodnega povabila k oddaji ponudb v naslednjih primerih: […] če po postopku s predhodnim povabilom k oddaji ponudb ni nobene ponudbe ali nobene primerne ponudbe, pod pogojem, da se prvotni pogoji javnega naročila niso bistveno spremenili.“ Kot pravilno opozarja grška vlada, lahko na podlagi te določbe naročniki opustijo obveznost povabila k oddaji ponudb, če so izpolnjeni vsi trije naslednji pogoji: (i) da je bilo takšno povabilo že objavljeno, (ii) da ni bila predložena nobena ponudba ali nobena primerna ponudba, (iii) da se prvotni pogoji javnega naročila niso bistveno spremenili.

7. Jasno je, da je v obravnavanem primeru prvi pogoj izpolnjen. Vlada in Komisija pa se ne strinjata glede tega, ali je zadoščeno tudi drugemu in tretjemu pogoju.

Pojem neprimernih ponudb

8. Družba DEI je ponudbe, ki so bile predložene v okviru drugega povabila k oddaji ponudb, zavrnila kot „neprimerne“, ker niso

v celoti izpolnjevale določenih tehničnih specifikacij. Ali je bila taka opredelitev ponudb pravilna? Z drugimi besedami, kako bi bilo treba razlagati pojem „neprimernosti“? Gre za pomembno vprašanje, ker je od odgovora nanj odvisno, ali naročnik lahko odda naročilo brez objave javnega razpisa. Če je mogoče predložene ponudbe pravilno označiti za „neprimerne“, potem novo povabilo k oddaji ponudb ni potrebno; če pa zavrnjenih ponudb ni mogoče označiti za „neprimerne“, mora naročnik ponoviti celoten postopek.

9. Komisija meni, da je v kategorijo „neprimernih“ ponudb mogoče uvrstiti le tiste, ki očitno ne morejo zadostiti potrebam naročnika; druga, manj resna odstopanja lahko upravičijo zavrnitev ponudbe, ne morejo pa povzročiti „neprimernosti“ ponudbe, in tako naročniku omogočiti, da odda naročilo, ne da bi sledil običajnemu postopku oddaje naročil. Grška vlada se nasprotno zavzema za bolj liberalno opredelitev „neprimernosti“. Posebej poudarja uvodno izjavo 45 direktive, v kateri je določeno, da naj bi „pravila, ki jih bodo uporabljali zadevni subjekti, oblikovala ogrodje za premišljeno poslovno prakso in dopuščala kar največjo fleksibilnost“, in trdi, da bi morali imeti naročniki široko diskrecijsko pravico pri odločanju, da kot „neprimerne“ zavrnejo vse ponudbe, ki ne izpolnjujejo v celoti pogojev javnega razpisa, in tako tudi možnost, da postopek nadaljujejo brez novega povabila k oddaji ponudb.

10. Menim, da je razlaga, ki jo predlaga grška vlada preširoka. Presojo obsega diskrecijske pravice naročnika je treba začeti pri zahtevah iz Pogodbe. V sodbi Teleaustria je Sodišče ugotovilo, da koncesije za javne storitve ne spadajo na področje uporabe direktiv o javnih naročilih, vendar pa je menilo, da naročnike takih storitev na splošno zavezujejo temeljna pravila Pogodbe, zlasti pa načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, ki ima za posledico zahtevo po preglednosti. [3] Sodišče je nato pojasnilo vsebino zahteve po preglednosti, in sicer, da „se zaradi te zahteve po preglednosti, ki obvezuje naročnika, zagotovi – v korist kateregakoli morebitnega ponudnika – dovolj visoka stopnja obveščenosti, da se omogoči konkurenca na trgu storitev in preverjanje nepristranskosti postopka naročanja.“ [4] Preglednost v postopkih oddaje javnih naročil je torej zahteva primarnega prava Skupnosti in predpostavlja vsaj določeno mero obveščenosti. Obveščenost ima dvojni pomen: prvič, morebitni ponudniki so seznanjeni z obstojem poslovne priložnosti, kar ima lahko za posledico povečanje stopnje konkurence v zvezi z naročilom, saj je verjetno, da bo predloženih več pogodb; drugič, obveščenost omejuje pristranskost in korupcijo, saj olajšuje

3 – Sodba Sodišča z dne 7. decembra 2000 v zadevi Teleaustria, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točki 60 in 61.

4 – Prav tam, točka 62.

nadzor postopka naročanja. [5] V sodni praksi Sodišča se preglednost povezuje s prepovedjo diskriminacije in se obravnava kot mehanizem, ki zagotavlja spoštovanje tega temeljnega načela prava Skupnosti. [6]

11. Pri razlagi pojma „neprimeren“ je pomembno tudi to, da je eden od namenov pravil postopka oddaje javnih naročil razvoj učinkovite konkurence na trgu. V nedavni sodbi Komisija proti Italiji, v kateri je Komisija trdila, da Italija ni izpolnila obveznosti iz več direktiv, vključno z Direktivo 93/38, je Sodišče ugotovilo, da je bil namen direktiv „[odstranitev ravnanj], ki omejujejo konkurenco nasploh in zlasti sodelovanje pripadnikov drugih držav članic pri javnih naročilih, predvsem za izvedbo pravice do ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, določenih v členih 43 ES in 49 ES.“ [7] Kot je Sodišče pojasnilo v starejši zadevi v zvezi z Direktivo 93/37/EGS [8], je „osnovni namen direktive, da se na področju javnih del vzpostavi konkurenca. Izpostavitev konkurenci Skupnosti v skladu s pravili, ki jih določa Direktiva, zagotavlja, da si javni organi ne morejo privoščiti favoriziranja.“ [9] Učinkovita konkurenca tako odstranjuje ovire, ki novim subjektom preprečujejo vstop na trg, koristi naročnikom, ki lahko izbirajo med več ponudniki in imajo tako večje možnosti za sklenitev dobrega posla, in prispeva k vzdrževanju integritete postopka naročanja kot takega.

12. Kot jasno izhaja iz zgornjih primerov, je zahteva po povabilu k oddaji ponudb utemeljena v primarnem pravu Skupnosti in mora biti kot taka vsekakor izpolnjena. Oddaja naročil brez predhodnega javnega razpisa lahko škodi ne le morebitnim ponudnikom temveč tudi javnosti, ki prek davkov financira projekte javnih naročil, in izkrivlja konkurenčnost trga javnih naročil ter s tem slabi učinkovitost pravil Pogodbe o temeljnih svoboščinah Skupnosti. Zaradi tega je treba določbo, na podlagi katere je mogoče opustiti javni razpis, razlagati ozko. Člen 20(2) Direktive 93/38 je taka določba. Najprej določa, da lahko naročniki oddajo javno naročilo brez

5 – Zahteva po preglednosti je za naročnike izrecno predpisana v novih direktivah o javnih naročilih. Člen 2 nove direktive o javnem sektorju (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 L 134, str. 114)) in člen 10 nove direktive o javnih storitvah (Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL L 134, str. 1)) določata, da morajo „delovati transparentno“.

6 – Glej med drugim sodbe Sodišča z dne 18. novembra 1999 v zadevi Unitron Scandinavia, C-275/98, Recueil, str. I-8291, točka 31; z dne 18. oktobra 2001 v zadevi SIAC, C-19/00, Recueil, str. I-7725, točka 41, in z dne 19. junija 2008 v zadevi Pressetext, C-454/06, ZOdl., str. I-4401, točka 32.

7 – Sodba Sodišča z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 2.

8 – Direktiva Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54).

9 – Sodba Sodišča z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti, C-399/98, Recueil, str. I-5409, točka 75. Glej v tem smislu tudi sodbi Sodišča z dne 27. novembra 2001 v združenih zadevah Impresa Lombardini, C-285/99 in 286/99, Recueil, str. I-9233, točka 35, in z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle, C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 44.

predhodnega povabila k oddaji ponudb, v nadaljevanju pa so taksativno našteti primeri, v katerih je to mogoče. Sodišče je glede pravilnega pristopa k razlagi te določbe razsodilo v zadevi Komisija proti Grčiji, ki se je nanašala na člen 20(2)(c) in (d), torej na naročila, ki jih zaradi tehničnih ali umetniških razlogov lahko izvede samo določen ponudnik, oziroma na skrajno nujne primere: „[n]ajprej je glede tega treba opozoriti, da je določbe člena 20(2)(c) in (d) Direktive 93/38 kot izjeme od pravil v zvezi s postopki oddaje javnih naročil treba razlagati strogo.“ [10] Obravnavani primer je treba presojati na podlagi člena 20(2)(a) (o primerih, ko ponudb ni, in o „neprimernih“ ponudbah), ki ga je treba razlagati enako strogo kot člen 20(2)(c) in (d), saj drugačnega pristopa k razlagi ni mogoče utemeljiti niti na podlagi smisla ali besedila člena 29(2) niti s sodbo Sodišča v zadevi Komisija proti Grčiji.

13. Glede na to analizo široke razlage pojma „neprimeren“, za kakršno se zavzema grška vlada, ni mogoče sprejeti. Če bi se naročnikom dovolilo, da predložene ponudbe zavrnejo kot „neprimerne“ že na podlagi manjših neskladij, bi to v praksi pomenilo priznanje popolne svobode pri odločanju glede objave povabila k oddaji ponudb. Naročniki, ki bi si radi – če uporabimo dikcijo Sodišča iz sodbe Ordine degli Architetti – „privoščili favoriziranje“, bodo zlahka našli točko, v kateri predložena ponudba ne ustreza povsem specifikacijam naročila, zavrnili ponudbo kot „neprimerno“ in nato oddali naročilo brez predhodne objave povabil k oddaji ponudb. To velja predvsem pri velikih projektih, pri katerih je potrebna visoka stopnja tehnične strokovnosti in pri katerih so specifikacije naročila razumljivo zelo zapletene. Vendar je prav to nevarnost, pred katero naj bi varovala pravila Skupnosti o javnih naročilih, ki so uzakonjena v Pogodbi ali v sekundarni zakonodaji. Nasprotno pa razlaga, ki jo je predlaga Komisija – namreč, da se lahko ponudba zavrne kot „neprimerna“ in da lahko naročnik tako nadaljuje brez objave povabila k oddaji ponudb le, kadar ponudba ne more izpolniti potreb tega naročnika – omogoča naročniku dovolj svobode pri presojanju predloženih ponudb in hkrati zagotavlja, da se ne obidejo pravila Skupnosti o javnih naročilih.

14. V podporo široki razlagi člena 20(2)(c) Direktive 93/38 se je grška vlada v veliki meri oprla na uvodno izjavo 45 direktive, ki se nanaša na potrebo po „kar največji fleksibilnosti“ v zvezi s pravili o oddaji javnih naročil za javne storitve. Ta vlada na podlagi tega sklepa, da imajo naročniki v tem sektorju široko diskrecijsko pravico pri uporabi določb te direktive, vključno z določbo o „neprimernih“ ponudbah, in pri oddaji naročil brez predhodnega povabila k oddaji ponudb. Tej utemeljitvi nasprotujeta dva ugovora.

10 – Sodba Sodišča z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji, C-394/02, ZOdl., str. I-4713, točka 33.

15. Prvič, uvodna izjava 45 ni samostojna pravna določba, ki ustanavlja pravice ali nalaga obveznosti. Nasprotno, kot vse preambule k direktivam ima pojasnjevalen namen, kar pomeni, da tistim, ki razlagajo direktivo, pomaga pri razumevanju njenih ciljev in duha, v katerem je bila sprejeta. V obravnavanem primeru je v uvodni izjavi 45 pojasnjeno, zakaj je zakonodajalec Skupnosti za sektor javnih storitev sprejel sklop pravil o oddaji javnih naročil, ki so manj stroga kot pravila, sprejeta za druge sektorje, kot so na primer storitve in dobave blaga. Še bolj pomembno pa je, da je že člen 20(2) izraz bolj fleksibilnega pristopa, ki se uporablja za sektor javnih storitev, saj naročnikom omogoča, da nadaljujejo brez objave povabila k oddaji ponudb v več primerih kot v direktivah, ki urejajo druge sektorje.[11] Drugače povedano, s tem da je zakonodajalec Skupnosti sprejel nekatere določbe Direktive 93/38, je sam odločil, glede česa morajo biti pravila na področju javnih storitev bolj fleksibilna, tako da bi bilo napačno domnevati, da imajo – poleg že tako fleksibilnih določb direktive – na podlagi uvodne izjave 45 naročniki še neko dodatno, samostojno fleksibilnost.

16. Drugič, kot sem že poudaril, je Sodišče ugotovilo, da je obveščenost pozitivna obveznost, ki naročnike zavezuje na podlagi Pogodbe. Odstopanja od te obveznosti morajo biti izrecno predpisana in opredeljena ozko. Tudi če bi za razlago Direktive 93/38 obstajalo splošno načelo fleksibilnosti, to ne bi moglo odvzeti veljavnosti obveznostim, ki temeljijo na primarnem pravu Skupnosti.

17. Nazadnje je treba preučiti tudi razmerje med različnimi direktivami o javnih naročilih. Grška vlada je izrazito nasprotovala predlogu Komisije, da bi pri razlagi Direktive 93/38 lahko koristilo vzporedno branje Direktive o javnem sektorju. Trdi, da ta direktiva vzpostavlja sistem pravil, ki je specifičen za sektor javnih storitev, in bi bilo tako napačno, če bi ga primerjali s sistemom pravil, ki veljajo za gradbena dela ali dobavo blaga. S tem mnenjem se ne strinjam. Le redko se srečujemo z osamljenimi pravnimi določbami. Pravila je treba postaviti v širši okvir; smisel dobijo, če jih beremo v širšem pravnem okviru, v katerem se uporabljajo. Na področju javnih naročil se je Sodišče večkrat sklicevalo na direktive o javnih naročilih kot na korpus pravil, ki imajo isti cilj in temeljijo na istih načelih. Omenil sem že sodbo Komisija proti Italiji, v kateri je Sodišče ugotovilo, da imajo Direktive 92/50[12], 93/36[13], 93/37 in 93/38

11 – Kot opozarja Komisija, takšen pristop k „fleksibilnosti“ v okviru razlage narave pravil o javnih naročilih Direktive 93/38 po analogiji podpira tudi uvodna izjava 28 nove direktive o javnih storitvah, ki je nadomestila Direktivo 93/38. V zvezi s poštnimi storitvami je navedeno, da se za „naročila, ki jih oddajo naročniki, ponudniki poštnih storitev, uporabljajo pravila iz te direktive, vključno s tistimi iz člena 30, ki hkrati z varovanjem uporabe načel iz uvodne izjave 9 ustvarjajo okvir za premišljeno poslovno prakso in omogočajo večjo prilagodljivost [fleksibilnost], kot jo nudi Direktiva 2004/18/ES […]“. Tu novo direktivo o javnih storitvah primerjam z novo direktivo o javnem sektorju, da bi pojasnil, v kakšnem smislu so določbe prve bolj prilagodljive od določb slednje.

12 – Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1).

13 – Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1).

skupen cilj odstranitve ravnanj, ki slabijo konkurenčnost, iz postopkov oddaje javnih naročil [14], Sodišče pa je v drugih nedavnih primerih uporabilo dikcijo, iz katere izhaja, da je treba direktive o javnih naročilih obravnavati sistematično in skladno [15]. Ali je Sodišče pozabilo, da vsaka direktiva ureja drugo področje javnega naročanja in da se pravila, ki jih vzpostavljajo, med seboj razlikujejo? Gotovo ne. Sodišče je zgolj želelo poudariti, da direktive ne glede na razlike med njimi sestavljajo mrežo pravil s skupnim ciljem zagotoviti poštenost, odprtost in učinkovitost v postopkih oddaje javnih naročil.

18. Če povzamem, menim, da je družba DEI, s tem da je zavrnjeno ponudbo označila za „neprimerno“ in ni objavila povabila k oddaji ponudb, kršila člen 20(2) Direktive 93/38.

Pogoji javnega naročila

19. Ker drugi od treh pogojev iz člena 20(2) ni bil izpolnjen, družba DEI ne bi mogla uporabiti te določbe, ne glede na to, da so prvotni pogoji javnega naročila ostali enaki. Vendar bom zavoljo celovitosti obrazložitve kratko pojasnil, zakaj menim, da ima Komisija prav, ko trdi, da so bili prvotni pogoji bistveno spremenjeni.

20. V drugem povabilu k oddaji ponudb je bilo določeno, da ne sme biti neskladij med tehničnimi specifikacijami, ki jih določi naročnik, in temi, ki jih predlagajo ponudniki. Vendar pa bi bile ponudbe, ki niso v celoti izpolnjevale teh specifikacij, lahko sprejete, če bi bila neskladja, povezana s tehničnimi lastnostmi strojev, katerih uporabo je predlagal ponudnik, v tehnični dokumentaciji ločeno našteta in ne bi vplivala na splošno delovanje elektrarne. V takšnem primeru ponudnik ni bil obvezan popraviti neskladij in nositi dodatnega finančnega bremena. V tretji fazi postopka pa se je od ponudnikov zahtevalo, naj na lastne stroške popravijo vsa neskladja, ki so jih vsebovale njihove prejšnje ponudbe, in o tem predložijo zavezujočo izjavo.

14 – Sodba Sodišča z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 2.

15 – Glej med drugim sodbo Sodišča z dne 27. februarja 2003 v zadevi Truley, C-373/00, Recueil, str. I-1931, točka 42 („Iz sodne prakse prav tako izhaja, da je namen direktiv Skupnosti, ki usklajujejo postopke za oddajo javnih naročil, izogibanje tveganju, da bo naročnik favoriziral nacionalne ponudnike ali kandidate, in možnosti, da bi se subjekt, ki ga financira ali nadzoruje država, regionalni ali lokalni organi ali drugi subjekti javnega prava utegnil ravnati po preudarkih, ki niso zgolj gospodarski.“); sodbo *Pressetext*, točka 31 („Iz sodne prakse izhaja, da je glavni cilj predpisov Skupnosti o javnih naročilih zagotoviti prost pretok storitev in vzpostaviti svobodno konkurenco v vseh državah članicah.“). Sodišče je tudi v sodbi z dne 17. septembra 2002 v zadevi Concordia Bus Finland, C-513/99, Recueil, str. I-7213, točka 91, ugotovilo, da „ni razloga, da bi dve določbi, ki spadata na isto področje prava Skupnosti in imata pretežno enako besedilo, razlagali drugače.“ Sodišče nas tu poučuje, da je merilo za razlago določb njihovo bistvo; če je bistvo enako, mora biti enaka tudi razlaga.

21. Grška vlada trdi, da v členu 20(2) niso prepovedane vse spremembe prvotnih pogojev javnega naročila temveč le „bistve-n[e]“. Ko je sodnik poročevalec na obravnavi vprašal, kako lahko vlada uskladi svojo trditev, da so bile vse ponudbe, ki so bile predložene v drugem krogu, „neprimerne“, in da v tretjem krogu niso bile dovoljene bistvene spremembe, s tem da je bilo naročilo nazadnje oddano enemu od petih ponudnikov, katerega ponudba je bila sprva zavrnjena, je zastopnik vlade izjavil, da so se edine spremembe, ki jih je družba DEI zahtevala v tretjem krogu, nanašale na neskladja v tehničnih specifikacijah, ki so bila ugotovljena v drugem krogu in so povzročila zavrnitev ponudbe, medtem ko so preostali pogoji javnega naročila ostali enaki.

22. Strinjam se z vlado, da je upoštevno merilo vprašanje, ali je bila sprememba pogojev javnega naročila *bistvena*, vendar pa nisem prepričan, da zadevna sprememba ni bila bistvena ali da ni bila dovolj bistvena za namene člena 20(2)(a). V tretjem krogu je bil uveden nov pomemben pogoj: ponudniki so morali na lastne stroške popraviti vsa neskladja, čeprav bi glede na pogoje naročila iz objave za drugi krog taka neskladja lahko bila sprejeta. Naročnik je očitno menil, da je ta nova obveznost pomembna, sicer ne bi zahteval od ponudnikov, da glede tega predložijo zavezujočo izjavo. Prav tako je z vidika ponudnikov takšna sprememba pogojev javnega naročila dejansko bistvena, saj že na začetku izključuje tiste, ki niso sposobni ali pripravljeni popraviti neskladij v svojih prvotnih ponudbah in nositi s tem povezane stroške. Takšne spremembe prvotnih pogojev javnega naročila bi bilo vedno treba šteti za „bistvene“. Kot sem že opozoril, je treba poleg tega določbo, na podlagi katere lahko naročnik odda javno naročilo brez povabila k oddaji ponudb, kakršna je člen 20(2)(a), razlagati ozko, saj pomeni izjemo od pravila o preglednosti, ki izhaja iz Pogodbe. Zato lahko naročniki opustijo javni razpis le, če zadevne spremembe očitno ne morejo, dejansko ali potencialno, vplivati na postopek naročanja. V obravnavanem primeru pa ni mogoče reči, da sprememba ni bistvena ali da ni dovolj bistvena za namene člena 20(2)(a).

23. Glede na to, da je družba DEI zavrnila pet ponudb, predloženih v drugem krogu, ker niso izpolnjevale zahtevanih tehničnih specifikacij, v tretjem krogu dejansko ni bilo mogoče oddati javnega naročila enemu od teh petih ponudnikov brez spremembe njegove ponudbe. Tako je družba DEI, da bi zagotovila, da bodo ponudniki sprejeli obveznost glede uskladitve vseh neskladij, v tretjem krogu spremenila pogoje javnega naročila in zahtevala, naj pripravijo novo finančno ponudbo, ki bo vključevala vse zadevne stroške. Če bi

družba DEI objavila novo povabilo k oddaji ponudb, bi bil to povsem primeren postopek. Vendar je namesto tega k oddaji ponudb povabila le določene ponudnike, kljub dejstvu, da so se prvotni pogoji javnega naročila bistveno spremenili. S takim ravnanjem pa je kršila člen 20(2)(a) Direktive 93/38.

Nujnost

24. Člen 20(2)(d) Direktive 93/38 določa, da se postopek oddaje javnega naročila brez predhodnega povabila k oddaji ponudb lahko uporabi, „če je to nujno potrebno, kadar se zaradi skrajno nujnih primerov ob dogodkih, ki jih naročnik ni mogel predvideti, ni mogoče držati rokov, predpisanih za odprte in omejene postopke“. Komisija trdi, da način, na kakršen je družba DEI v dopisu petim ponudnikom iz drugega kroga upravičila svoj sklep, da bo nadaljevala brez predhodnega povabila k oddaji ponudb (na primer, sklicevanje na „nujne potrebe“ Krete po elektriki, „čas, ki je potreben za namestitev dveh novih enot“, in „nepredvidene zamude“), kaže na to, da se ni sklicevala le na člen 20(2)(a), temveč tudi na člen 20(2)(d). Grška vlada se s tem ne strinja. Trdi, da se je družba DEI od začetka sklicevala le na člen 20(2)(a) in pojasnila, da je uporabila postopek brez povabila k oddaji ponudb, ker predhodna kroga nista dala zadovoljive rešitve. To je bilo mišljeno z navedbo „splošna zgodovina primera“. Sklicevanje na nujnost položaja je bil le pomožen argument, ki kaže na to, da je bil eden izmed razlogov, ki ga je družba DEI upoštevala, nujnost hitrega ukrepanja.

25. Res je, da način, na kakršen je bil oblikovan dopis z dne 14. decembra 2004, daje vtis, da je družba DEI navajala nujnost kot enega od razlogov za utemeljitev uporabe postopka brez predhodnega javnega razpisa. Vendar pa ni jasno, ali je bilo to uporabljeno kot samostojna utemeljitev na podlagi člena 20(2)(a). V vsakem primeru pa glede na to, da se grška vlada ne sklicuje na ta člen, Sodišču ni treba nadalje preučiti tega vprašanja.

II – Zamuda pri obvestitvi o razlogih

26. Člen 41(4) Direktive 93/38 se glasi: „[n]aročniki, ki izvajajo eno od dejavnosti iz Prilog I, II, VII, VIII in IX, takoj po prejemu pisne zahteve vse izločene kandidate ali ponudnike obvestijo o razlogih za zavrnitev njihove prošnje ali ponudbe, vse ponudnike, ki so predložili sprejemljive ponudbe, pa o značilnostih in sorazmernih prednostih izbrane ponudbe ter imenu izbranega ponudnika.“ Komisija trdi, da dvomesečno zamudo pri obvestitvi neuspešnega ponudnika o razlogih za zavrnitev njegove ponudbe ni mogoče šteti za „takoj[šnjo]“ za namene te določbe. Grška vlada priznava, da je prišlo do določene zamude, vendar trdi, da je merilo za ugotav-

ljanje kršitve člena 41(4) vprašanje, ali je ponudniku pri uveljavljanju njegovih pravic Skupnosti nastala škoda. Nadalje, zastopnik vlade je na obravnavi izrazil stališče, da zakonodajna zgodovina člena 41(4) – Komisija je za obvestitev o razlogih sprva predlagala 15-dnevni rok, enak kot v Direktivah o javnem sektorju, potem ko je Evropski parlament ta predlog zavrnil, pa je bil sprejet izraz „takoj“ – kaže, da je treba naročnikom pri obravnavi zahtev po obvestitvi o razlogih za zavrnitev ponudbe dati določen manevrski prostor. Glede na to, da je v obravnavanem primeru neuspešni ponudnik imel na razpolago pravno sredstvo, s katerim bi lahko zahteval preizkus zakonitosti naročnikove odločitve, po mnenju grške vlade tako ni mogoče trditi, da družba DEI, s tem da je na zahtevo odgovorila šele po dveh mesecih, ni izpolnila obveznosti iz direktive.

27. Strinjam se z grško vlado, da uporaba izraza „takoj“ brez navedbe določenega časovnega roka pomeni, da pristop k razlagi člena 41(4) ne bi smel biti preozek. To, da je v direktivah o javnem sektorju izrecno določen 15-dnevni rok [16], v Direktivi 93/38 o javnih storitvah pa ne, pomeni, da je bil namen zakonodajalca Skupnosti, da se na vprašanje, kako hitro mora naročnik odgovoriti, odgovori od primera do primera.

28. Pri presoji, kaj v določenem primeru pomeni „takoj[šen]“ odgovor, je treba upoštevati, ali je na podlagi prava Skupnosti in nacionalnega prava ponudnik imel na razpolago pravno sredstvo, s katerim bi lahko zahteval preizkus zakonitosti sklepa s strani sodišča. Kajti, če naročnik ne pojasni, zakaj je bila določena ponudba zavrnjena, neuspešni ponudnik ne more vedeti, ali bi bilo sklep smiselno izpodbijati in iz katerih razlogov.

29. Vendar je varstvo interesov ponudnikov, ki sodelujejo v postopkih naročanja, le eden izmed ciljev člena 41(4). Namen te določbe je prav tako varovanje integritete in učinkovitost postopka naročanja kot takega; v tem primeru so upravičenci sami naročniki in navsezadnje davkoplačevalci. Zato je treba pri razlagi izraza „takoj“ upoštevati, da obveznost naročnika, da v primernem roku obvesti o razlogih, preprečuje favoriziranje in podpira izpolnjevanje zahtev prava Skupnosti. Člen 41(4) predstavlja procesno jamstvo, ki prispeva k zagotovitvi, da razlogi za zavrnitev

16 – Člen 8(1) Direktive 93/37, člen 7(1) Direktive 93/36 in člen 12(1) Direktive 92/50.

ponudbe niso le pretveza za samovoljno oddajanje javnih naročil. Drugače rečeno, pravilo ima odvračilni učinek: manj verjetno je, da bo pravila o oddaji javnih naročil kršil naročnik, ki ve, da bo moral takoj po izbiri ponudbe upravičiti svojo izbiro in pojasniti, zakaj so bile druge zavrnjene.

30. Nadalje, prevelike zamude pri odgovoru na poziv za sporočitev razlogov lahko občutno vplivajo na učinkovitost. Na primer, v obravnavanem primeru je družba DEI sama poudarila, da je na otoku Kreta nastala *nujna* potreba po dodatni dobavi elektrike. Vendar pa je, s tem da ni pojasnila, zakaj je izbrala določeno ponudbo in zavrnila ostale, zadržala izvajanje projekta za dva meseca. Grška vlada ni podala razlogov za počasnost družbe DEI, ki jo je težko uskladiti z nujnostjo zadevnega javnega naročila. Glede na to, da se mnogo velikih projektov v raznih državah članicah v določeni meri financira iz proračuna Skupnosti, je razumno pričakovati, da bodo naročniki uporabili pravila Skupnosti o javnih naročilih, tako da bo upoštevana tudi potreba po učinkovitosti.

31. Opozoriti je treba, da tudi nova direktiva o javnih storitvah, ki je nadomestila Direktivo 93/38, v členu 49(2) določa, da morajo naročniki neuspešne ponudnike o razlogih za zavrnitev „čim prej“ obvestiti in da „[r]ok za obveščanje v nobenem primeru ni daljši kakor 15 dni od prejema pisnega zahtevka.“ Avtorji direktive so sami presodili primerno trajanje roka za obvestitev o razlogih in tako naročnikom odvzeli svobodo odločanja o tem. Ta primer je *ratione temporis* seveda treba obravnavati v skladu z Direktivo 93/38 in ne Direktivo 2004/17. Vendar pa ne moremo prezreti dejstva, da je zakonodajalec Skupnosti odločil, da morebitne okoliščine, ki so v preteklosti v sektorju javnih storitev upravičevale bolj fleksibilen pristop k temu vprašanju, ne obstajajo več. V skladu s tem za javne storitve sedaj veljajo ista, strožja pravila, ki se uporabljajo tudi za javna naročila blaga, dobav in storitev in ki določajo, da rok v nobenem primeru ne sme biti daljši od 15 dni. Čeprav določba v tem primeru ni upoštevna, pa bi bilo prisiljeno trditi, da je Sodišče ne bi smelo upoštevati. Nazadnje bo v skladu z Direktivo 93/38 o tem, kdaj gre za razumno zamudo, treba odločiti od primera do primera, ob upoštevanju splošne potrebe po smotrnosti v postopkih za oddajo javnih naročil, ki ni omejena le na zaščito pravic ponudnikov. Zato menim, da je treba pojem „takoj[šnjega]“ odgovora razumeti ozko in upoštevati običajne roke, ki v zvezi z oddajo javnih naročil veljajo na drugih področjih. Menim, da je družba DEI, s tem da neuspešnega ponudnika dva meseca ni obvestila o razlogih za zavrnitev, brez navedbe kakršnekoli utemeljitve za takšno zamudo, ki očitno presega roke, ki veljajo za oddajo javnih naročil, kršila člen 41(4) Direktive 93/38.

III – Predlog

32. Sodišču predlagam, naj ugotovi, da Grčija prek družbe DEI, s tem da ni objavila povabila k oddaji ponudb in neuspešnega ponudnika ni takoj obvestila o razlogih za zavrnitev njegove ponudbe, ni izpolnila obveznosti iz členov 20(2) in 41(4) Direktive 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju.