SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE CHRISTINE STIX-HACKL, predstavljeni 15. marca 2005[1]

I – Uvodne opombe

1. Pri tem predlogu za sprejetje predhodne odločbe gre za revizijo odločb naročnika o oddaji javnega naročila, in sicer za aktivno legitimacijo posameznih članov priložnostne družbe po belgijskem pravu, ki jo je treba kvalificirati kot skupnost ponudnikov v smislu prava oddaje javnih naročil Skupnosti (oziroma kot „skupino gospodarskih subjektov" v skladu z novima direktivama o oddaji javnih naročil[2]).

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

2. Člen 1 Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje[3] (v nadaljevanju: Direktiva) med drugim določa:

„1. Države članice sprejmejo ukrepe, potrebne, da bi zagotovili v zvezi s postopki oddaje javnih naročil s področja direktiv 71/305/EGS, 77/62/EGS in 92/50/EGS učinkovito in zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki skladno s pogoji, določenimi v naslednjih členih in zlasti v

1 — Jezik izvirnika: nemščina.

2 — Člen 4(2) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114) in člen 11(2) Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL L 134, str. 1).

3 — UL L 395, str. 33; kakor je bila spremenjena z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1).

členu 2(7), na podlagi obrazložitve, da so take odločitve kršile pravo Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalne predpise o izvajanju tega prava.

[...]

3. Države članice zagotovijo, da so na voljo revizijski postopki v skladu s podrobnimi predpisi, ki jih države članice lahko sprejmejo, vsaj za vsako osebo, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo v zvezi s preskrbo ali javno naročilo za gradnje, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve. Države članice lahko zlasti zahtevajo, da mora oseba, ki zahteva revizijo, naročnika predhodno obvestiti o domnevni kršitvi in svoji nameri, da bo zahtevala revizijo."

3. Člen 2(1) Direktive 89/665 določa:

„Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določeni v členu 1, vključujejo določbo, ki omogoča, da:

[...]

b) se razveljavi ali zagotovi, da se razveljavijo nezakonito sprejete odločitve, vključno z odpravo diskriminacijskih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila;

[...]"

4. Člen 21 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje[4] določa:

„Ponudbe lahko predložijo skupine gradbenikov. Od teh skupin se ne sme zahtevati, da prevzamejo posebno pravno obliko za to, da bi lahko predložile ponudbo; vendar pa se to lahko zahteva od izbrane skupine, ko ji je naročilo že oddano."

4 — UL L 199, str. 54; pozneje spremenjena.

B – *Nacionalno pravo*

5. Zadevne določbe so določbe člena 19, prvi odstavek, zakonov o Conseil d'État (državni svet), ki so bili usklajeni 12. januarja 1973, ki med drugim urejajo aktivno legitimacijo pri ničnostnih tožbah.

6. Člen 53 Code des sociétés ureja bistvene vidike zunanjih razmerij „association momentanée".

7. Člen 522(2) Code des sociétés (zakonik o družbah) določa, da „société anonyme" med drugim pred sodiščem zastopa upravni odbor. Poleg tega ta določba omogoča, da statut lahko določi zastopanje po enem ali več članih upravnega odbora.

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

8. V *Uradnem listu Evropskih skupnosti* je bil 30. septembra 1997 objavljen javni razpis za oddajo javnega naročila Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (v nadaljevanju: FOREM), katerega predmet je bil: „Osnutek, izvedba in financiranje stavbe, namenjene uporabi upravnih služb Office régional de l'emploi (regionalna direkcija Liège), s površino približno 6500 m^2 (neto)"; pri tem je bilo določeno, da so dopustne alternativne ponudbe. Pozneje so bili objavljeni štirje popravki.

9. Odpiranje ponudb je bilo 20. februarja 1998. Prispelo jih je pet, med njimi skupnosti ponudnikov (associations momentanées, priložnostne družbe) Espace Trianon–Sofibail in C.I.D.P.-B.P.C. Skupnost ponudnikov Espace Trianon–Sofibail sestavljata Espace Trianon SA (v nadaljevanju: Espace) in Société Wallone de Location-Financement SA (v nadaljevanju: Sofibail).

10. Uprava FOREM je 22. decembra 1998 oddala javno naročilo izdelave osnutka, izvedbe in financiranja stavbe, namenjene uporabi upravnih služb FOREM, regionalna direkcija Liège, s površino približno 6500 m^2 neto, priložnostni družbi C.I.D.P.-B.P.C.

11. Uprava FOREM je 8. januarja 1999 potrdila „obrazloženo odločbo, kakor je bila sprejeta na seji 22. decembra 1998".

12. Odločba o oddaji je bila 25. januarja 1999 vročena Espace in Sofibail.

13. Espace in Sofibail sta 19. februarja 1999 pri Conseil d'Etat vložili tožbo za razglasitev ničnosti odločbe o oddaji.

14. Espace in Sofibail sta 8. marca 1999 pri Conseil d'Etat vložili tožbo za razglasitev ničnosti potrditve z dne 8. januarja 1998.

15. V okviru presoje dopustnosti je Conseil d'Etat sklenilo, da odločitvi o uvedbi sodnih postopkov, sprejeti v imenu Espace, nista bili zakoniti, saj ju ni sprejel upravni odbor, kot je to predvideno v statutu. Nasprotno sta bili odločitvi Sofibail zakoniti.

16. Ker je bila ponudba oddana v imenu skupnosti ponudnikov Espace-Sofibail, odločitev enega njenih članov pa ni bila zakonita, je Conseil d'Etat preizkusilo posledice za dopustnost tožb.

17. S sodbo z dne 25. februarja 2004 je Conseil d'Etat prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali člen 1 Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje nasprotuje nacionalnemu predpisu, kot je člen 19, prvi odstavek, zakonov o Conseil d'État, ki so bili usklajeni 12. januarja 1973, ki se ga razlaga tako, da člani priložnostne družbe brez pravne osebnosti, ki se kot taka udeleži postopka oddaje javnega naročila in ji to ni bilo oddano, lahko le vsi skupaj – v lastnosti družbenika ali v svojem imenu – vložijo tožbo zoper odločbo o oddaji navedenega naročila?

2. Ali je odgovor na vprašanje drugačen, če so sicer vsi člani priložnostne družbe tožili skupaj, tožba enega njenih članov pa je nedopustna?

3. Ali člen 1 Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju

zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje nasprotuje nacionalnemu predpisu, kot je člen 19, prvi odstavek, zakonov o Conseil d'État, ki so bili usklajeni 12. januarja 1973, ki se ga razlaga tako, da član take priložnostne družbe kot posameznik ne more zahtevati revizije odločbe o oddaji niti v lastnosti družbenika niti v svojem imenu?"

IV – Presoja

A – *Splošne opombe*

18. Vsa tri vprašanja za predhodno odločanje se v bistvu nanašajo na pogoje prava Skupnosti za dopustnost zahtevkov za revizijo članov skupnosti ponudnikov, in sicer v tem primeru priložnostne družbe po belgijskem pravu.

19. Glede na besedilo vprašanj za predhodno odločanje je treba spomniti na to, da skladnost nacionalnega prava s pravom Skupnosti ne more biti predmet predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 234 ES. Zato je treba tudi v tem postopku zastavljena vprašanja za predhodno odločanje razumeti tako, da se nanašajo na razlago prava Skupnosti.

20. Medtem ko se prvo in tretje vprašanje za predhodno odločanje nanašata na problem aktivne legitimacije posameznih članov skupnosti ponudnikov, se drugo vprašanje za predhodno odločanje nanaša le na določeno situacijo primera, namreč na to, da so sicer vsi člani skupnosti ponudnikov tožili skupaj, tožba enega od njenih članov pa je nedopustna.

21. S tem nakazane pravne probleme je treba razlikovati od vprašanja, ki ni predmet postopka, ali in pod katerimi pogoji se skupnosti ponudnikov v skladu s pravom Skupnosti prizna aktivna legitimacija v revizijskih postopkih po direktivi.

22. Tudi v drugem pogledu se mora sledeča presoja iz procesnih razlogov omejiti na posebnosti zadevnega predloga za sprejetje predhodne odločbe.

23. Tako gre v postopku v glavni stvari, to pomeni v nacionalnem revizijskem postopku, za preizkus odločbe naročnika o oddaji, torej o dodelitvi. Odgovori, ki izhajajo iz tega postopka o vprašanjih za predhodno odločanje, pa se ne morejo brez nadaljnjega prenesti na zahtevke za revizijo, ki zadevajo druge odločbe naročnika, kot, denimo, neizbira udeležencev kot ponudnikov, kar pomeni, da niso bili pozvani k oddaji ponudbe, ali izločitev ponudb. Opozoriti je treba na to, da se postopek v glavni stvari nanaša na razveljavitev odločbe.

24. Odgovor na vprašanja za predhodno odločanje je torej treba omejiti na položaj, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari. To pomeni, da bi iz prava Skupnosti glede same ugotovitve nezakonitosti in glede odobritve odškodnine lahko vsekakor izšle druge obveznosti.

25. Poleg tega je bila skupnost ponudnikov, za katero gre v postopku v glavni stvari, ustanovljena s pogodbo in – vsaj glede na spis – nima pravne osebnosti po nacionalnem pravu.

26. V zvezi s tem naj opozorim, da materialne direktive o oddaji javnih naročil, tako stare kot nove, izrecno predvidevajo oddajo ponudb „skupnosti ponudnikov“ oziroma „skupin gospodarskih subjektov“. S tem pravo Skupnosti torej takim kandidatom in ponudnikom priznava določene pravice, zlasti pravico udeležbe v postopku oddaje. Iz teh pogojev prava Skupnosti izhaja sposobnost v zvezi s pravico do udeležbe skupnosti ponudnikov.

27. Dalje je treba v tem postopku o predlogu za sprejetje predhodne odločbe obravnavati le vprašanje pravila soglasnosti oziroma izključitev aktivne legitimacije posameznih članov skupnosti ponudnikov, ne pa, nasprotno, vprašanja skladnosti drugih, v državah članicah obstoječih ali možnih, nacionalnih določb glede vložitve zahtevkov za revizijo članov skupnosti ponudnikov.

28. Končno je treba navesti, da v primeru, da pravo Skupnosti države članice zavezuje, da skupnosti ponudnikov priznajo aktivno legitimacijo, aktivna legitimacija družbenikov za zagotavljanje učinkovitega pravnega varstva ni več potrebna. V takem primeru bi se pravni problem, ki je predmet postopka, omejil na vprašanje, kdo lahko postane dejaven za skupnost ponudnikov, ki ima aktivno legitimacijo.

B – *Prvo in tretje vprašanje za predhodno odločanje*

29. Prvo in tretje vprašanje za predhodno odločanje izhajata iz nacionalne določbe, ki jo je treba uporabiti v postopku v glavni stvari, da lahko le vsi člani priložnostne družbe, in ne tudi posamezen član zahtevajo revizijo odločbe naročnika o oddaji, to pomeni, da lahko zoper njo vložijo tožbo. Zato je priporočljivo, da se na prvo in tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovori skupaj.

1. Izhodišče: „Interes" v smislu Direktive

30. Izhodišče za to so pogoji za priznanje aktivne legitimacije, določeni v členu 1(3) Direktive. V skladu s to določbo države članice zagotovijo, „da so na voljo revizijski postopki v skladu s podrobnimi predpisi, ki jih države članice lahko sprejmejo, vsaj za vsako osebo, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo v zvezi s preskrbo ali javno naročilo za gradnje, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve".

31. Sodišče je v svoji sodni praksi glede aktivne legitimacije vedno znova poudarjalo, da je v skladu s pravom Skupnosti bistveno izpolnjevanje teh pogojev.[5]

32. Dragocen napotek za ta postopek o predlogu za sprejetje predhodne odločbe, v katerem gre za skupnost ponudnikov, ponuja sodba v zadevi Makedoniko. V njej je Sodišče ugotovilo, da je treba pogoje v skladu s členom 1(3) Direktive „upoštevati pri preizkusu vprašanja, ali mora imeti skupnost ponudnikov [...] dostop do pravnih sredstev, ki jih predvideva Direktiva 89/665".[6]

33. Za Sodišče je tako odločilno, ali skupnost ponudnikov ima ali je imela interes, da bi dobila zadevno naročilo iz postopka v glavni stvari, in ali je bila z odločbo naročnika oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje v smislu člena 1(3) Direktive 89/665.[7]

34. Navedeno je možno prenesti na zastavljena vprašanja v tem postopku o predlogu za sprejetje predhodne odločbe, v katerem gre

5 — Sodbi z dne 23. januarja 2003 v zadevi Makedoniko Metro, C-57/01, Recueil, str. I-1091, točka 65, in z dne 12. februarja 2004 v zadevi Grossmann Air Service, C-230/02, Recueil, str. I-1829, točka 25.

6 — Sodba v zadevi C-57/01, navedena v opombi 5, točka 66.

7 — Sodba v zadevi C-57/01, navedena v opombi 5, točka 72.

za aktivno legitimacijo članov skupnosti ponudnikov, in ne skupnosti ponudnikov kot take.

35. V skladu z Direktivo je torej treba aktivno legitimacijo priznati tistemu, ki ima interes, da dobi naročilo, ki naj postane predmet revizijskega postopka. Glede aktivne legitimacije in za to potrebnega interesa je treba dodati, da za dopustnost zahtevka za revizijo ne zadostuje vsak interes.

36. To je treba poudariti tudi v zvezi s skupnostmi ponudnikov. Ta pojasnjujoči napotek je treba navesti zato, ker so lahko interesi skupnosti ponudnikov, interesi njenih članov in interesi posameznih članov različni, kar med drugim poudarja tudi Komisija.

37. Člani skupnosti ponudnikov imajo sicer interes, da je skupnost ponudnikov, ki ji pripadajo, gospodarsko uspešna. Član skupnosti ponudnikov pa je le zainteresiran, da *skupnost ponudnikov* dobi javno naročilo, ne pa, da *sam* dobi javno naročilo.

38. Vprašanje, ali obstaja interes *v smislu* člena 1(3) Direktive, je treba presojati na podlagi dejavnosti skupnosti ponudnikov, ki so relevantne v smislu prava oddaje javnih naročil.

39. Nasprotno navedbam Komisije morajo države članice namreč načelno priznati aktivno legitimacijo le tistim podjetnikom, ki so se udeležili postopka oddaje, katerega revizija se zahteva.[8]

40. To pravilo ima sicer izjeme, ki pa veljajo le v določenih primerih, tako udeležba v postopku oddaje ne sme biti pogoj, če naročnik sploh ni izpeljal uradnega postopka oddaje.[9] Prav tako ima tisto podjetje na voljo pravna sredstva iz Direktive, ki se le zato ni udeležilo javnega razpisa, ker so njegovi pogoji ustvarili vtis, da udeležba nima možnosti za uspeh.[10]

41. V skladu s sodno prakso Sodišča je torej možno udeležbo v postopku oddaje pustiti

8 — Sodba v zadevi C-230/02, navedena v opombi 5, točka 27.

9 — Sodba z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle, C-26/03, ZOdl., str. I-1, točki 34 in 41 in naslednje.

10 — Sodba v zadevi C-230/02, navedena v opombi 5, točki 28 in naslednja.

ob strani le v tistih primerih, ko udeležba ni bila mogoča ali je bila vsaj brez možnosti za uspeh. Odločilna je torej nezmožnost uspešne udeležbe v postopku oddaje, ki ima vzrok v vedenju naročnika. Od *nezmožnosti* pa je treba razlikovati primere, v katerih se podjetje sploh *noče* udeležiti postopka oddaje. Enako velja tudi za posamezne člane skupnosti ponudnikov, ki se *nočejo* sami udeležiti postopka oddaje.

42. Glede podjetij, ki se združijo v skupnost ponudnikov, ker se posamezno ne morejo uspešno udeležiti postopka oddaje, je treba opozoriti na to, da vzrok za to njihovo nemožnost ni v vedenju naročnika.

43. Položaj iz postopka v glavni stvari se torej od primerov nezmožnosti, v katerih ni mogoče zahtevati udeležbe, razlikuje še v drugi točki – prišlo je do udeležbe in ponudba je bila celo oddana. Ni odločilno, da se je to zgodilo s strani skupnosti ponudnikov, in ne s strani njenih članov. Člani v revizijskem postopku namreč ne nastopajo kot podjetja, ki ne izkažejo zveze s ponudnikom, namreč skupnostjo ponudnikov, ampak kot njeni člani. Ker se posamezna podjetja torej sklicujejo na lastnost člana neke skupnosti ponudnikov, mora biti mogoče, da se jim pripiše ali postavi nasproti vedenje skupnosti ponudnikov.

2. Pomen materialnega prava za aktivno legitimacijo

44. Procesna pravica do vložitve zahtevka za revizijo izhaja torej iz materialne udeležbe v postopku oddaje ali kot kandidat ali, kot v postopku v glavni stvari, kot ponudnik.

45. Ta vzporednost se kaže tudi v zadevi Makedoniko, po kateri „morajo biti skupnosti ponudnikov na voljo pravna sredstva, ki jih predvideva Direktiva 89/665, kolikor odločba organa, ki je oddal javno naročilo, krši pravice, ki ji v skladu s pravom Skupnosti pripadajo v okviru postopka oddaje javnega naročila“.[11]

11 — Sodba v zadevi C-57/01, navedena v opombi 5, točka 73.

46. Po pravu Skupnosti je torej treba aktivno legitimacijo priznati tistemu, ki razpolaga tudi z materialnimi pravicami. Pravice iz materialnih direktiv o oddaji javnih naročil pa v primeru skupnosti ponudnikov pripadajo prav tem. Skupnost ponudnikov navzven nastopa kot družba v postopku oddaje. V vsakem primeru je tudi naslovnica odločbe o oddaji javnega naročila.

47. Prav tako je lahko okoliščina, da v skladu z nacionalnim pravom tudi člani skupnosti ponudnikov prevzamejo določene obveznosti – morebiti celo navzven –, odločilna za nacionalno procesno pravo. Tako lahko načelo vzporednosti med materialnimi pravicami in obveznostmi na eni strani in pravnim varstvom na drugi strani tudi v nacionalnem pravu pridobi pomen.

48. Pri odgovoru na vprašanja za predhodno odločanje se je z vidika prava Skupnosti torej treba ravnati po načelu, po katerem je Direktiva namenjena uveljavitvi pravic, ki izhajajo iz materialnih direktiv o oddaji javnih naročil.

49. Če to načelo uporabimo pri postopku v glavni stvari, sklenemo, da Direktiva zagotavlja le pravno varstvo *ponudnikov*, v tem primeru torej skupnosti ponudnikov. Ravno v postopku v glavni stvari gre za značilen položaj skupnosti ponudnikov, namreč da njeni člani na podlagi svojih specializacij sploh ne bi mogli izvesti celotnega naročila. Poudariti je treba, da tega niti niso nameravali.

50. Načelo vzporednosti torej celo bolj nasprotuje temu, da je treba v skladu z Direktivo posameznim članom priznati aktivno legitimacijo.

51. Na podlagi Direktive je torej možno izpeljati le aktivno legitimacijo skupnosti ponudnikov kot take. Iz tega pa izhaja, da posamezni člani skupnosti ponudnikov v skladu s pravom Skupnosti nimajo pravice, da bi v *lastnem* imenu zahtevali revizijo odločbe o oddaji.

52. Zato je treba še razjasniti, ali lahko posamezni člani skupnosti ponudnikov vsaj v njenem imenu zahtevajo ustrezni revizijski postopek.

53. V zvezi s tem je treba, kot glede vseh nacionalnih procesnih predpisov, spomniti na načeli ekvivalentnosti in učinkovitosti.

54. Ti načeli prava Skupnosti sta, kar zadeva pravno varstvo v okviru prava oddaje javnih naročil, v členu 1 Direktive izrecno navedeni. Glede pravila učinkovitosti člen 1(1) Direktive državam članicam nalaga, naj zagotovijo *učinkovito* in zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki. Merilo, ki tu izhaja iz zadevnega pravila učinkovitosti, pa ni absolutno.

55. Tako je Sodišče v eni zadev, ki se nanaša na pravno varstvo v okviru prava oddaje javnih naročil, poudarilo, da je pri „uporabi pravila učinkovitosti treba [...] preizkusiti vsak primer, v katerem se zastavi vprašanje, ali neka nacionalna procesna določba onemogoča ali pretirano otežuje uporabo prava Skupnosti, ob upoštevanju položaja te določbe v celotnem postopku ter poteka postopka in njegovih posebnosti".[12]

56. Sodišče v zadevi Fritsch poudarja še eno načelo:

„Tudi če člen 1(3) Direktive 89/665 državam članicam sicer izrecno dopušča, da določijo pogoje, po katerih so vsaki osebi, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve, na voljo revizijski postopki, kot jih predvideva Direktiva, to državam članicam vseeno ne omogoča, da pojem ‚interes, da bi dobila določeno javno naročilo', razlagajo na način, ki bi lahko vplival na praktično učinkovitost Direktive."[13]

57. V zadevi Grossmann je Sodišče celo načelno priznalo dopustnost nacionalnih predpisov, ki podrobneje opredeljujejo „interes" in s tem omejujejo aktivno legitimacijo:

„Zato praktična učinkovitost Direktive 89/665 ne vpliva na to, ali se osebi, ki se ni udeležila postopka oddaje niti ni zahtevala revizije odločbe naročnika, s katero so bile določene podrobnosti javnega razpisa, ne prizna interes v zvezi z zadevnim javnim naročilom in ji tako ni odobren dostop do

12 — Sodba z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex, C-327/00, Recueil, str. I-1877, točka 56; primerjaj sodbo z dne 14. decembra 1995 v zadevi Peterbroeck, C-312/93, Recueil, str. I-4599, točka 14.

13 — Sodba z dne 19. junija 2003 v zadevi Fritsch in drugi, C-410/01, Recueil, str. I-6413, točka 34.

revizijskih postopkov, ki jih določa ta direktiva."[14]

58. Iz te sodne prakse zato izhaja, da ima le skupnost ponudnikov interes, ki se zahteva za aktivno legitimacijo, ne pa posamezen član.

3. Presoja učinkov pravila soglasnosti

59. Tudi pri učinkih, ki izhajajo iz pravila soglasnosti, se je treba ravnati po tako razumljenih načelih ekvivalentnosti in učinkovitosti.

60. To velja prvič glede učinka, ki ga je navedla Komisija, po katerem naj bi pravilo soglasnosti zmanjševalo možnost postavitve zahtevka za revizijo in ta omejitev naj bi bila zaradi hitrosti, ki je potrebna pri pravnem varstvu oddaje javnih naročil, še toliko bolj utemeljena.

61. Vendar morajo tudi drugi ponudniki kot skupnosti ponudnikov izpolnjevati primerljive procesne pogoje, in sicer morajo poskrbeti za zastopanje, ki ustreza vsakokratni pravni obliki. Tudi v primeru skupnosti ponudnikov gre torej, če smo natančni, le za notranje oblikovanje volje, kot se mora oblikovati tudi pri drugih ponudnikih.

62. To, da lahko pravilo soglasnosti med drugim pripelje do tega, da je varstvo interesa skupnosti ponudnikov odvisno od posameznika, ne pomeni že samo zato kršitve zgoraj navedenih načel. Skupno delovanje posameznih članov skupnosti ponudnikov namreč ni posebnost procesnega prava; skupno delovanje je mnogo bolj potrebno že pred udeležbo v postopku oddaje javnega naročila in še bolj precej pred oddajo ponudbe, in sicer, denimo, pri oblikovanju skupnosti ponudnikov.

63. To, da so lahko interesi posameznih članov različni, lahko sicer ob uporabi pravila soglasnosti otežuje postavitev zahtevka za revizijo, vendar se ne sme spregledati, da ima večina članov, tudi kar zadeva vprašanje revizije, lahko drugačne interese kot posamezni člani.

14 — Sodba v zadevi C-230/02, navedena v opombi 5, točka 39.

64. Komisija meni, da naj bi pravilo soglasnosti prav sililo skupnosti ponudnikov v to, da prevzamejo posebno pravno obliko. Ob tem je treba pripomniti, da bi to pravilo prej povzročilo odmik od določene pravne oblike. lahko ustrezni ukrepi določijo v družbeni pogodbi. Ta ureditev bi, denimo, lahko predvidela zastopanje po enem članu ali določeno večinsko pravilo.

65. Sicer mora vsaka skupnost ponudnikov določiti konkretno obliko skupnega delovanja, praviloma gre za sklenitev družbene pogodbe. Nasprotno mnenju Komisije pri tem zato ne gre za kršitev člena 21 Direktive 93/37. Kajti s tem še ne nastane prisila k določeni pravni obliki. Odločitev, da se dogovori skupnost ponudnikov, se sprejme zavestno in tudi z vedenjem glede s tem povezanih prednosti in pomanjkljivosti.

66. Vsebina takega dogovora je lahko tudi uveljavljanje pravice do revizije. Prednosti, ki za posamezne člane skupnosti ponudnikov izhajajo iz takega dogovora, pa ni mogoče šteti za obveznost, da se prevzame posebna pravna oblika.

67. Če Komisija končno navaja, da pravilo soglasnosti celo že pri oblikovanju skupnosti ponudnikov učinkuje odvračajoče, spregleda, da ravno vedenje o morebitnih težavah pri uveljavljanju pravnega varstva povzroči, da se

68. Prav tako v pravilu soglasnosti ni mogoče videti diskriminacije nasproti drugim pravnim oblikam družb. Kajti tudi ponudniki, ki ne nastopajo v obliki skupnosti ponudnikov, se morajo držati za njih veljavnih predpisov prava družb in procesnopravnih predpisov. To na primer zadeva upoštevanje ureditve zastopanja družb po pooblaščenih organih. Značilnosti skupnosti ponudnikov kažejo le na to, da vsako pravno obliko odlikujejo določene posebnosti.

69. Kot je bilo navedeno, se lahko zakonodajalec ohromitvi kot posledici pravila soglasnosti, ki jo je Komisija že v več pogledih poudarila, v nacionalnem pravnem redu izogne tako, da pravilo soglasnosti velja le kot dispozitivno pravo. V takem primeru bi lahko sprejeli odstopajoče rešitve prek ustrezne oblike družbene pogodbe ali – odvisno od primera – neposredno s sklepom članov na podlagi zadevnih določb nacionalnega prava družb.

70. V tem primeru je bilo večkrat opozorjeno na možnost dogovora o večinskem pravilu ali na to, da se predvidi zastopanje po enem članu v skladu z nacionalnim pravnim redom postopka v glavni stvari, denimo v obliki „mandata".

71. Lažji dostop do učinkovitega pravnega varstva, ki ga predvideva zakonodajalec Skupnosti, pa bi bil na primer kršen takrat, če bi nacionalno pravo vsebovalo pravila o zastopanju, ki bi povzročala slabši položaj tujih skupnosti ponudnikov ali katerih izpolnitev je praktično nemogoča.

72. To, da lahko v nekaterih državah članicah tudi posamezni člani skupnosti ponudnikov zahtevajo revizijo, ne spreminja dejstva, da Direktiva tega ne zahteva. Države članice lahko načelno prosto presegajo minimalni standard[15], ki ga določa Direktiva. Vendar se potem zastavlja vprašanje, če bi bila taka, na prvi pogled radodarna, ker bi bila v korist ponudnikom, nacionalna ureditev skladna s pravom Skupnosti. To pravno vprašanje pa ni predmet tega predloga za sprejetje predhodne odločbe.

73. Zoper obveznost v okviru prava Skupnosti držav članic, da tudi posameznim članom priznajo aktivno legitimacijo, končno govori tudi okoliščina, da je treba zaščititi tudi druge člane skupnosti ponudnikov.

74. Če bi se posameznim članom priznala aktivna legitimacija, bi to lahko, denimo, pripeljalo do tega, da bi bila – celo – večina članov proti svoji volji prisiljenih v revizijski postopek in ob zmagi potisnjenih v nov ali nadaljevan postopek oddaje, za katerega mogoče niso več zainteresirani, ker so med tem na primer že sklenili druge pogodbe.

75. Na tem mestu se ne gre spuščati v vprašanje, ali pravo Skupnosti, nasprotno, prepoveduje priznanje aktivne legitimacije posameznemu članu skupnosti ponudnikov. V tem primeru je bilo treba le razjasniti, ali pravo Skupnosti nasprotuje posebni nacionalni prepovedi ali, povedano drugače, dovoljuje omejitev aktivne legitimacije na skupek vseh članov skupnosti ponudnikov.

76. Pravo Skupnosti torej načelno ne zahteva, naj države članice posameznim članom skupnosti ponudnikov priznajo aktivno legitimacijo za vložitev zahtevka za revizijo v svojem imenu. Prav tako pravo Skupnosti ne zahteva, da morajo posamezni člani zahtevajo revizijo v imenu skupnosti ponudnikov.

15 — Sodba z dne 19. junija 2003 v zadevi GAT, C-315/01, Recueil, str. I-6351, točka 45.

Taka zapoved vsekakor ne velja za tiste države članice, katerih nacionalno pravo ni zavezujoče toliko, kolikor dovoljuje pravila odstopanja po skupnosti ponudnikov, to pomeni njihovih članov, denimo, že v družbeni pogodbi ali, pozneje, s sklepom.

77. Na prvo in tretje vprašanje za predhodno odločanje je torej treba odgovoriti tako, da je treba člen 1 Direktive 89/665 razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalni določbi, v skladu s katero lahko člani priložnostne družbe brez pravne osebnosti, ki se kot taka udeleži postopka oddaje javnega naročila in ji to ni oddano, le vsi skupaj – v lastnosti družbenika ali v svojem imenu – vložijo tožbo zoper odločbo o oddaji navedenega naročila, in v skladu s katero posamezni član take priložnostne družbe kot posameznik ne more zahtevati revizije odločbe o oddaji niti v lastnosti družbenika niti v svojem imenu. To velja pod pogojem, da to nacionalno pravilo ne onemogoča ali pretirano otežuje uporabe prava Skupnosti. Za tak primer gre, če nacionalno pravo dovoljuje odstopajoče rešitve po članih skupnosti ponudnikov.

C – *Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

78. Drugo vprašanje za predhodno odločanje se nanaša na aktivno legitimacijo v primeru določenega položaja, in sicer, če so člani skupnosti ponudnikov sicer tožili vsi skupaj, tožba enega od njenih članov pa je nedopustna.

79. Gre za pravno vprašanje, ali je treba v skladu s pravom Skupnosti glede na nacionalno pravilo soglasnosti razlikovati med vzroki za manjkajočo soglasnost.

80. Po mnenju Komisije in FOREM je odgovor, čeprav iz različnih razlogov, negativen.

81. Kot Avstrija pravilno poudarja, je treba na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti v smislu načel ekvivalentnosti in učinkovitosti ali, kot je navedeno zgoraj, na podlagi v členu 1 Direktive izrecno določenega načela hitrega in učinkovitega pravnega varstva.

82. Ti načeli bi bili lahko kršeni v določenih primerih dejanskih stanj ali glede na določene nacionalne pravne predpise. V tem postopku o predlogu za sprejetje predhodne odločbe gre za vprašanje, katere omejitve ti načeli postavljata učinkom, ki izhajajo iz uporabe pravila soglasnosti v položaju, kot je ta v postopku v glavni stvari.

83. Kot jasno izhaja iz sodbe v zadevi Santex[16] in iz primerjave z zadevo Universale Bau[17], je treba k presoji zakonitosti nacionalnega procesnega predpisa v smislu obeh načel pritegniti tudi okoliščine konkretnega dejanskega stanja. Tako se lahko nezakonitost nekega pravila glede na pravo Skupnosti, ki na prvi pogled ustreza določbam prava Skupnosti, pokaže šele v določenih položajih.

84. V postopku o predlogu za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES pa se mora Sodišče omejiti na odgovor na vprašanja za predhodno odločanje in ne sme sprejemati nikakršnih splošnih pravnih mnenj. Zato se ni treba poglabljati v drugačne položaje, kot je tisti iz postopka v glavni stvari, in jih pravno presojati ob upoštevanju prava Skupnosti.

85. Nacionalno pravilo, ki je predmet postopka, po katerem je treba upoštevati notranja pravila oblikovanja volje v primeru, kot je ta iz postopka v glavni stvari, vsekakor ne krši pravil glede hitrega in učinkovitega pravnega varstva.

86. Na drugo vprašanje za predhodno odločanje je zato treba odgovoriti, da odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje ni drugačen, če so člani priložnostne družbe sicer vsi skupaj tožili, tožba enega njenih članov pa je nedopustna.

16 — Sodba v zadevi C-327/00, navedena v opombi 12.

17 — Sodba z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi, C-470/99, Recueil, str. I-11617.

V – Predlog

87. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje odgovori tako:

1. Člen 1 Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje je treba razlagati tako, da ne nasprotuje nacionalni določbi, v skladu s katero

   — lahko člani priložnostne družbe brez pravne osebnosti, ki se kot taka udeleži postopka oddaje javnega naročila in ji to ni oddano, le vsi skupaj – v lastnosti družbenika ali v svojem imenu – vložijo tožbo zoper odločbo o oddaji navedenega naročila;

   — posamezni član take priložnostne družbe kot posameznik ne more zahtevati revizije odločbe o oddaji niti v lastnosti družbenika niti v svojem imenu.

   To velja pod pogojem, da to nacionalno pravilo ne onemogoča ali pretirano otežuje uporabe prava Skupnosti. Vsekakor gre za skladnost s tema načeloma, če nacionalno pravo dovoljuje odstopajoče rešitve po članih skupnosti ponudnikov.

2. Odgovor na vprašanje ni drugačen, če so člani priložnostne družbe sicer vsi skupaj tožili, tožba enega njenih članov pa je v skladu z nacionalnim pravom nedopustna.