SODBA SODIŠČA (tretji senat)

z dne 19. junija 2008 *

V zadevi C-454/06,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Bundesvergabeamt (Avstrija) z odločbo z dne 10. novembra 2006, ki je prispela na Sodišče 13. novembra 2006, v postopku

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

proti

(Zvezni) Republiki Avstriji,

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Jezik postopka: nemščina.

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi A. Rosas, predsednik senata, U. Lõhmus, J. N. Cunha Rodrigues (poročevalec), A. Ó Caoimh in A. Arabadjiev, sodniki,

generalna pravobranilka: J. Kokott,
sodni tajnik: B. Fülöp, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 24. januarja 2008,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za pressetext Nachrichtenagentur GmbH G. Estermann, odvetnik,

– za (Zvezno) Republiko Avstrijo A. Schittengruber in C. Mayr, zastopnika,

– za APA-OTS Originaltext-Service GmbH in APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung J. Schramm, odvetnik,

– za avstrijsko vlado M. Fruhmann in C. Mayr, zastopnika,

– za francosko vlado J.-C. Gracia, zastopnik,

– za litovsko vlado D. Kriaučiūnas, zastopnik,

– za Komisijo Evropskih skupnosti D. Kukovec in R. Sauer, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 13. marca 2008

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1) in 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 (UL L 395, str. 33), kot je bila spremenjena z Direktivo 92/50 (v nadaljevanju: Direktiva 89/665).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med pressetext Nachrichtenagentur GmbH (v nadaljevanju: PN) na eni strani in (Zvezno) Republiko Avstrijo, APA-OTS Originaltext-Service GmbH (v nadaljevanju: APA-OTS) in APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (v nadaljevanju: APA) na drugi strani glede naročila storitev tiskovne agencije.

Pravni okvir

Skupnostna ureditev

3 Člen 3(1) Direktive 92/50 določa:

„Pri oddaji javnih naročil storitev ali pri organiziranju natečajev za načrte mora naročnik uporabljati postopke, ki so usklajeni z določbami te direktive.“

4 Člen 8 te direktive določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I A, […] se oddajajo v skladu z določbami iz naslovov od III do VI.“

5 Člen 9 navedene direktive določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I B, se oddajajo v skladu s členoma 14 in 16.“

6 Člen 10 iste direktive določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogah I A in I B, se oddajajo v skladu z določili iz naslovov od III do VI, če je vrednost storitev, naštetih v Prilogi A, večja od vrednosti storitev, naštetih v Prilogi I B. Če vrednost ni takšna, se naročila oddajo v skladu s členoma 14 in 16.“

7 Člen 11(3) navedene direktive določa:

„Naročniki lahko oddajo javna naročila storitev po postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu v naslednjih primerih:

[…]

(e) za dodatne storitve, ki niso bile vključene v projekt že na samem začetku ali v prvotno naročilo, vendar so zaradi nepredvidljivih okoliščin postale potrebne za izvedbo storitve, ki je v njej opisana, pod pogojem da je dodeljena ponudniku storitve, ki takšno storitev tudi izvaja:

– ko takšnih dodatnih storitev ni mogoče tehnično ali gospodarsko ločiti od glavnega naročila, ne da bi to povzročilo veliko neprijetnosti naročnikom,

ali

– če so takšne storitve, čeprav bi jih lahko izvajali ločeno od prvotnega naročila, nujno potrebne za njegovo izpolnitev.

Skupna ocenjena vrednost naročil, oddanih za dodatne storitve, nikakor ne sme presegati 50 % zneska glavnega naročila;

(f) za nove storitve, ki se sestoje iz ponavljanja podobnih storitev in so zaupane izvajalcu storitve, ki so mu isti naročniki že prej oddali naročilo, pod pogojem, da so takšne storitve v skladu z osnovnim projektom, za katerega je bilo prvo naročilo oddano v skladu s postopki iz odstavka 4. Brž ko je za prvi projekt dan javni razpis, je treba dati tudi obvestilo, da obstaja možnost postopka s pogajanji in zato naročniki upoštevajo celotne ocenjene stroške, ko uporabljajo določila člena 7. Ta postopek se lahko uporablja izključno v treh letih, ki sledijo oddaji prvotnega naročila.“

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

8 Družba APA je bila ustanovljena v Avstriji po drugi svetovni vojni, v obliki registrirane zadruge z omejeno odgovornostjo. Skoraj vsi avstrijski dnevniki in avstrijska radio-televizija ORF so bili člani te zadruge. Družba APA je skupaj s svojimi hčerinskimi družbami glavni operater na avstrijskem trgu tiskovnih agencij in običajno v (Zvezni) Republiki Avstriji zagotavlja različne storitve tiskovne agencije.

9 Družba PN je prisotna na avstrijskem trgu tiskovnih agencij od leta 1999, vendar je zelo omejeno posredovala le tiskovna sporočila za zvezne avstrijske organe. Pri družbi PN je zaposlenih manj novinarskih sodelavcev kot pri družbi APA in nima na voljo tako pomembnih arhivov kot slednja.

10 (Zvezna) Republika Avstrija je leta 1994, pred svojim pristopom k Evropski uniji, z družbo APA sklenila pogodbo (v nadaljevanju: temeljna pogodba), ki določa zagotavljanje nekaterih plačljivih storitev. Ta pogodba v bistvu omogoča avstrijskim zveznim organom, da se seznanijo in uporabijo aktualne novice (funkcija, imenovana „temeljna storitev“), da zahtevajo informacije in zgodovinska tiskovna sporočila iz podatkovne baze družbe APA, imenovane „APADok“, in prav tako, da uporabijo storitve izvirnih besedil družbe APA, imenovane „OTS“, tako za njihovo informacijo kot za širjenje njihovih lastnih tiskovnih sporočil. Podatkovna baza APADok obsega podatke iz temeljne storitve od 1. januarja 1988 in sporočila, ki jih ureja storitev OTS od 1. junija 1989.

11 Temeljna pogodba je bila sklenjena za nedoločen čas, s klavzulo, s katero se stranki zavežeta, da te pogodbe ne bosta odpovedali do 31. decembra 1999.

12 Člen 2(c) temeljne pogodbe določa:

„Družba APA za poizvedbe prek spleta glede informativnih storitev, opredeljenih v členu 1, v okviru dajatev za uporabo sistema elektronske obdelave podatkov zaračunava na minuto ceno CPU (neto čas), ki je enaka najnižje razvrščeni potrošniški ceni po uradni tarifi (trenutno 67 ATS, HT na minuto CPU), zmanjšani za 15 %“.

13 Ta pogodba je vsebovala tudi določbe o datumu prvega povišanja cen, o najvišjem znesku vsakega povišanja in o indeksaciji cen na podlagi indeksa cen v potrošnji leta 1986, pri čemer je bila referenčna vrednost indeks, izračunan za leto 1994. Člen 5(3) navedene pogodbe je v zvezi s tem med drugim določal, da „[…] je izrecno dogovorjeno, da so vrednosti plačil, določene v členu 2(a) in (b), konstantno zagotovljene. Za izračun indeksacije je treba začeti pri indeksu cen v potrošnji leta 86 (VPI 86), ki ga je objavil avstrijski centralni statistični urad (ÖSTAT) oziroma pri naslednjem indeksu, ki ga nadomesti“.

14 Družba APA je septembra 2000 ustanovila družbo APA-OTS v obliki družbe z omejeno odgovornostjo, ki je hčerinska družba v njeni stoodstotni lasti. Med tema družbama obstaja dogovor o prenosu izgub in dobičkov, iz katerega po mnenju družb APA in APA-OTS izhaja, da je slednja finančno, upravno in ekonomsko integrirana v družbo APA in da mora voditi in upravljati svoje posle v skladu z navodili družbe APA. Družba APA-OTS je poleg tega zavezana prenesti svoje letne dobičke na družbo APA, ki je zavezana poravnati, če je potrebno, letne izgube družbe APA-OTS.

15 Družba APA je septembra 2000 na družbo APA-OTS prenesla svoje dejavnosti glede storitev OTS. (Zvezna) Republika Avstrija je bila obveščena o tej spremembi oktobra 2000. Sodelavec družbe APA, ki je bil pooblaščen za njeno zastopanje, je avstrijskim organom zagotovil, da je družba APA po tem prenosu dejavnosti solidarno odgovorna z družbo APA-OTS in da celotna obstoječa storitev ostaja nespremenjena. Avstrijski

organi so torej dali svojo privolitev, da storitve OTS opravlja družba APA-OTS, in so za to storitev od takrat neposredno plačevali družbi APA-OTS.

16 Poleg tega so bile določbe temeljne pogodbe spremenjene s prvim aneksom, sklenjenim leta 2001, ki je začel učinkovati 1. januarja 2002. Ob prehodu na euro je bilo prvotno naročilo prilagojeno s tem aneksom, kot je navedeno v točkah od 17 do 20 te sodbe.

17 Prvič, znesek letne dajatve za uporabo redakcijskih člankov in medijskih arhivov, 10.080.000 ATS, je bil nadomeščen z zneskom 800.000 EUR. Zaradi indeksacijske klavzule bi morala biti za leto 2002 cena 11.043.172 ATS (zaradi prehoda na euro zaokrožena na 802.538,61 EUR). Odločeno je bilo, da se ne ohrani ta znesek, ampak okrogla številka 800.000 EUR, kar pomeni zmanjšanje za 0,3 %.

18 Drugič, cena, določena za poizvedbe prek spleta glede informativnih storitev družbe APA, ki je bila 67 ATS na minuto, je bila nadomeščena s ceno 4,87 EUR na minuto. Razen zaokrožitve ob prehodu na euro dejanski znesek te cene ni bil spremenjen.

19 Tretjič, za izračun indeksacije je bil indeks, izračunan za leto 1994 na podlagi indeksa cen v potrošnji leta 1986, nadomeščen kot sklic,z indeksom, izračunanim za leto 2001 na podlagi indeksa cen v potrošnji leta 1996. V zvezi s tem je bil s prvim aneksom med drugim spremenjen člen 5(3) temeljne pogodbe v tem smislu:

„Izrecno je dogovorjeno, da se zagotavlja nespreminjanje plačil, določenih v členu 2(a) in (b). Za izračun indeksacije je treba izhajati iz indeksa cen v potrošnji leta 96 (VPI 96), ki ga je objavil avstrijski centralni statistični urad (ÖSTAT) oziroma iz naslednjega indeksa, ki ga nadomesti“.

20 Četrtič, nekatere cene so bile z odstopanjem od tega mehanizma indeksacije določene neposredno za leta od 2002 do 2004. Cena 8,50 ATS za linijo za uvrstitev tiskovnih sporočil v storitev OTS je bila namreč nadomeščena s fiksnimi cenami 0,66 EUR za linijo za leto 2002, 0,67 EUR za leto 2003 in 0,68 EUR za leto 2004. Če bi bila uporabljena klavzula indeksacije, bi se morala cena povišati za leto 2002 na 9,31 ATS za linijo (zaokroženo na 0,68 EUR za linijo). Cena je bila torej znižana za 2,94 % za leto 2002 in za 1,47 % za leto 2003.

21 Drugi aneks, sklenjen oktobra 2005, ki je začel učinkovati 1. januarja 2006, je temeljni pogodbi prinesel dve spremembi. Temeljna pogodba je bila spremenjena s tem drugim aneksom tako, kot je navedeno v točkah 22 in 23 te sodbe.

22 Po eni strani je bila zaveza iz temeljne pogodbe, da pogodbeni stranki te pogodbe ne bosta odpovedali do 31. decembra 1999, na novo določena do 31. decembra 2008.

23 Po drugi strani pa je bilo znižanje, ki je bilo v temeljni pogodbi dogovorjeno glede cene za poizvedbe prek spleta glede informativnih storitev družbe APA in določeno na 15 %, povišano na 25 %. Glede na to je bil z drugim aneksom spremenjen člen 2(c) temeljne pogodbe s temi določbami:

„Naslednje določbe [temeljne pogodbe, kot je bila spremenjena s prvim aneksom] so od 1. januarja 2006 spremenjene tako:

1. V členu 2(c) se 15 % nadomesti s 25 %.

[…]“

24 Družba PN je leta 2004 (Zvezni) Republiki Avstriji ponudila svoje storitve tiskovne agencije, vendar na podlagi te ponudbe pogodba ni bila sklenjena.

25 Družba PN je s tožbama, vloženima 4. in 19. julija 2006, od Bundesvergabeamt zahtevala, naj predvsem ugotovi, da so bili razdvajanje osnovnega trga s prestrukturiranjem družbe APA leta 2000 ter aneksi, sklenjeni leta 2001 in 2005, ki jih je opredelila kot „dejansko oddajo“, protipravni in, podredno, da je bila izbira različnih postopkov zadevne prilagoditve nezakonita.

26 Bundesvergabeamt glede rokov za tožbo navaja, da čeprav so bile izpodbijane operacije opravljene v letih 2000, 2001 in 2005, je bilo pravno sredstvo, ki se v nacionalnem pravu uporabi zoper dodelitev nezakonitih naročil (namreč predlog za sprejetje ugotovitvene odločbe z razveljavitvenim učinkom za pogodbo), vloženo šele pozneje, z učinkom od 1. februarja 2006. Rok, določen za tako pravno sredstvo, je šest mesecev od nezakonite oddaje. Predložitveno sodišče meni, da je primerno uporabiti člen 1496 avstrijskega civilnega zakonika, v skladu s katerim, čeprav predpisanih pravnih sredstev ni mogoče izvesti, zastaralni roki ne morejo teči, če je taka uporaba skladna s pravom Skupnosti.

27 V teh okoliščinah je Bundesvergabeamt prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba pojem ‚oddaja‘ v členu 3(1) Direktive 92/50 […] in v členih 8 in 9 iste direktive razlagati tako, da pokriva tudi primer, v katerem naročnik privoli v prihodnje prevzemati storitve od izvajalca, ki je kapitalska družba, medtem ko je te storitve dotlej opravljal drug izvajalec, ki je edini družbenik izvajalca, ki ga je nasledil in ga hkrati nadzira tako, da mu daje navodila? Ali ima v takem primeru pravne posledice dejstvo, da javni naročnik nima zagotovila, da deleži

družbe prihodnjega izvajalca med celotnim obdobjem prvotnega naročila ne bodo v celoti ali deloma odsvojeni tretjim? Oziroma kakšne so pravne posledice dejstva, da naročnik nima zagotovil, da se članstvo v prvotnem, kot zadruga organiziranem izvajalcu, ne bo spremenilo v celotnem trajanju pogodbe?

2. Ali gre za oddajo v smislu člena 3(1) Direktive 92/50 […] in členov 8 in 9 iste direktive tudi v primeru, ko se naročnik sporazume z izvajalci storitev v obdobju veljavnosti naročila, ki ga je z njimi za nedoločen čas sklenil za namen skupnega izvajanja storitev, o spremembah plačila za nekatere storitve in na novo oblikuje klavzulo indeksacije, medtem ko te spremembe povzročijo spremembe cen in nastopijo ob uveljavitvi eura?

3. Ali gre za oddajo v smislu člena 3(1) Direktive 92/50 […] in členov 8 in 9 iste direktive tudi v primeru, ko se naročnik z aneksom k pogodbi sporazume z izvajalci storitev v obdobju veljavnosti naročila, ki ga je z njimi za nedoločen čas sklenil za namen skupnega izvajanja storitev, o obnovitvi veljavnosti klavzule o triletni zavezi, da ne bodo odpovedali pogodbe in ki ob novem sporazumu ne velja več, medtem ko ta sprememba pogodbe povzroči dodelitev še večjih popustov kot prej za nekatere cene, določene na podlagi količin na določenem področju?

4. Če bi šlo torej za oddajo naročila oziroma če je odgovor na tri zgornja vprašanja pritrdilen, ali je treba člen 11(3)(b) Direktive 92/50 […] oziroma druge določbe prava Skupnosti, kot je na primer načelo preglednosti, razlagati tako, da naročniku dovoljujejo oddajo storitev v okviru enega samega naročila storitev v postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu, če del storitev vsebuje izključne pravice, kot so navedene v členu 11(3)(b) Direktive 92/50 […]? Oziroma ali načelo preglednosti ali druge določbe prava Skupnosti pri oddaji naročila, ki se nanaša pretežno na neprednostne storitve, določajo, da se obvestilo o naročilu kljub temu objavi pred oddajo naročila, da bi se zainteresiranim

podjetjem omogočilo presoditi, ali se dejansko oddajajo storitve, za katere velja izključna pravica? Oziroma ali predpisi prava Skupnosti o oddaji javnih naročil v takem primeru določajo, da se storitve dodelijo v okviru različnih postopkov oddaje, glede na to, ali so oziroma niso predmet izključne pravice, da bi se omogočil vsaj delni javni razpis?

5. Če je odgovor na četrto vprašanje tak, da javni naročnik lahko odda storitve, ki ne obsegajo izključnih pravic, skupaj s storitvami, ki obsegajo izključne pravice, v okviru enega samega naročila, ali podjetje, ki nima ustreznih pooblastil za razpolaganje s podatki, ki so predmet izključne pravice podjetja s prevladujočim položajem na trgu, lahko svojo usposobljenost za izvajanje celotne storitve javnemu naročniku v smislu prava javnih naročil utemelji s tem, da se sklicuje na obveznost podjetja s prevladujočim položajem v državi članici, da mu mora v skladu s členom 82 ES posredovati podatke pod ustreznimi pogoji?

6. Če je odgovor na prvo, drugo in tretje vprašanje tak, da je z delno obnovitvijo pogodbe leta 2000 in/ali z enim ali obema zgoraj navedenima aneksoma prišlo do oddaje novih naročil; in poleg tega, če bi bil odgovor na četrto vprašanje tak, da bi moral javni naročnik oddati storitve, ki ne obsegajo izključne pravice, v ločenem postopku oddaje, ali ne bi mogel oddati celotnega naročila storitev (tiskovna sporočila, osnovne storitve in pravice uporabe APADok), ne da bi predhodno objavil obvestilo o naročilu, da bi zagotovil preglednost in s tem omogočil preverjanje navedenih naročil:

Ali je treba izraz ‚oškodovanje' v členu 1(3) Direktive 89/665 […] in v členu 2(1)(c) iste direktive razlagati tako, da je podjetje oškodovano v smislu teh določb, kot v obravnavanem primeru, če ni imelo možnosti udeležbe v postopku oddaje naročila, ker javni naročnik ni predhodno objavil obvestila o naročilu, na podlagi katerega bi se podjetje lahko prijavilo za načrtovano naročilo ali bi oddalo ponudbo ali pa od pristojnega organa za nadzor javnih naročil zahtevalo, naj preveri resničnost trditve o domnevnem obstoju izključnih pravic?

7. Ali načeli prava Skupnosti o enakosti in o nujnosti učinkovitega sodnega varstva vključujeta, ob upoštevanju drugih določb prava Skupnosti, da podjetje lahko pri pristojnih nacionalnih organih proti državi članici uveljavlja individualno in brezpogojno pravico do vložitve odškodninskih zahtevkov zaradi kršitve predpisov prava Skupnosti o javnih naročilih, po oddaji naročila in najmanj šest mesecev od možnosti seznanitve z nepravilno oddajo naročila, pri čemer mora imeti na voljo dodatne roke, če ustrezno uveljavljanje ni bilo mogoče, ker ni bilo pravne podlage v nacionalnem pravu, če so za odškodninske zahtevke, ki temeljijo na kršitvah nacionalnega prava, v nacionalnem pravnem redu na splošno določeni zastaralni roki treh let od dneva, ko je oškodovanec izvedel za povzročitelja škode in škodo, in če zato, ker ni pravnega varstva na določenem področju, zastaralni roki ne tečejo?“

Vprašanja za predhodno odločanje

28 Najprej je treba poudariti, da čeprav je bilo naročilo, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, sklenjeno pred pristopom Republike Avstrije k Evropski uniji, se predpisi Skupnosti s tega področja za tako naročilo uporabljajo od dneva pristopa te države (glej v tem smislu sodbo z dne 24. septembra 1998 v zadevi Tögel, C-76/97, Recueil, str. I-5357, točka 14).

29 Bundesvergabeamt želi s prvimi tremi vprašanji v bistvu izvedeti, v katerih okoliščinah lahko spremembe pogodbe, ki že obstaja med naročnikom in izvajalcem storitev, štejejo za novo oddajo javnega naročila storitev v smislu Direktive 92/50.

30 Direktiva 92/50 ne vsebuje izrecnega odgovora na ta vprašanja, vendar vsebuje več upoštevnih navodil, ki jih je treba vključiti v splošni okvir predpisov Skupnosti o javnih naročilih.

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 (glej sodbo z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 44). Ta dvojni cilj je izrecno naveden v drugi, šesti in dvajseti uvodni izjavi Direktive 92/50.

32 Pravo Skupnosti za izpolnitev tega dvojnega cilja uporablja zlasti načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, načelo enakega obravnavanja ponudnikov in obveznost preglednosti, ki iz njiju izhaja (glej v tem smislu sodbe z dne 18. novembra 1999 v zadevi Unitron Scandinavia in 3-S, C-275/98, Recueil, str. I-8291, točka 31; z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točki 60 in 61, in z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Recueil, str. I-3801, točki 108 in 109).

33 V zvezi z naročili, na katera se nanaša Direktiva 92/50 in katerih predmet so izključno ali predvsem storitve, navedene v prilogi I A k tej direktivi, ta direktiva uveljavlja ti načeli in to obveznost preglednosti med drugim z določitvijo nekaterih postopkov oddaje. Glede naročil, na katera se nanaša ta direktiva in katerih predmet so izključno ali predvsem storitve, navedene v prilogi I B k tej direktivi, pa ta ne določa enakih pravil glede postopkov oddaje, ampak za to skupino javnih naročil vendarle še naprej veljajo temeljna pravila prava Skupnosti in obveznost preglednosti, ki iz njih izhaja (glej v tem smislu sodbo z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski, C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točke 26, 30 in 31).

34 Glede zagotavljanja preglednosti postopkov in enakega obravnavanja ponudnikov spremembe določb o javnem naročilu med njegovo veljavnostjo pomenijo novo oddajo naročila v smislu Direktive 92/50, če so bistveno drugačne od določb

prvotnega naročila in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih pogojev tega naročila (glej v tem smislu sodbo z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji, C-337/98, Recueil, str. I-8377, točki 44 in 46).

35 Sprememba javnega naročila med njegovo veljavnostjo lahko šteje za bistveno, če ta uveljavlja pogoje, ki bi, če bi bili prisotni v postopku prvotne oddaje, omogočali vstop drugim ponudnikom kot tistim, ki so bili prvotno sprejeti, oziroma bi omogočali izbiro druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno sprejeta.

36 Sprememba prvotnega naročila lahko prav tako šteje za bistveno, če močno razširi naročilo na storitve, ki v prvotnem naročilu niso bile predvidene. Slednja razlaga je potrjena s členom 11(3)(e) in (f) Direktive 92/50, ki za javna naročila storitev, katerih predmet so izključno ali pretežno storitve iz priloge I A k tej direktivi, določa omejitve glede meril, v katerih naročniki lahko uporabijo postopek s pogajanji za dodelitev storitev, poleg tistih, ki so bile predmet prvotnega naročila.

37 Sprememba lahko šteje za bistveno tudi, če spreminja ekonomsko ravnovesje pogodbe v prid ponudniku, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, na način, ki ni bil predviden v pogojih prvotnega naročila.

38 Na vprašanja, predložena Sodišču, je treba odgovoriti v smislu zgornjih ugotovitev.

Prvo vprašanje

39 Prvo vprašanje predložitvenega sodišča se nanaša na oddajo leta 2000 – storitev OTS, ki jih je dotlej zagotavljala družba APA, družbi APA-OTS. V bistvu sprašuje, ali zamenjava sopogodbenika v takih okoliščinah, kot so okoliščine v postopku v glavni stvari, pomeni novo oddajo naročila v smislu členov 3(1), 8 in 9 Direktive 92/50.

40 Nadomestitev sopogodbenika, kateremu je naročnik prvotno dodelil naročilo, z novim sopogodbenikom, je načeloma treba šteti za spremembo enega od bistvenih pogojev zadevnega javnega naročila, razen če je bila ta nadomestitev predvidena v pogojih prvotnega naročila, na primer kot določba o podizvajalcu.

41 V skladu s predložitveno odločbo ima družba APA-OTS, ker je družba z omejeno odgovornostjo, drugačno pravno osebnost kot družba APA, ki je ponudnik, ki mu je bilo dodeljeno prvotno naročilo.

42 Prav tako ni dvoma, da naročnik od prenosa storitev OTS z družbe APA na družbo APA-OTS v letu 2000 plačuje te storitve neposredno družbi APA-OTS, in ne več družbi APA.

43 Vendar ima prenos zadevne dejavnosti nekatere posebne značilnosti, ki omogočajo ugotovitev, da take spremembe, nastale v položaju, kot je položaj v postopku v glavni stvari, ne pomenijo spremembe bistvenega pogoja naročila.

44 Iz spisa namreč izhaja, da je družba APA-OTS hčerinska družba, ki je v stoodstotni lasti družbe APA, da slednja upravlja družbo APA-OTS in da med tema subjektoma obstaja pogodba o prenosu izgub in dobičkov, ki jih prevzame družba APA. Poleg tega iz spisa izhaja, da je oseba, pooblaščena za zastopanje družbe APA, zagotovila naročniku, da je družba APA po prenosu storitev OTS solidarno odgovorna z družbo APA-OTS in da naj bi celotna obstoječa storitev ostala nespremenjena.

45 Tak dogovor v bistvu pomeni notranjo reorganizacijo sopogodbenice, s katero niso bili bistveno spremenjeni pogoji prvotnega naročila.

46 Predložitveno sodišče se v tem okviru sprašuje, ali ima pravne posledice okoliščina, da naročnik nima zagotovila, da deleži družbe APA-OTS ne bodo odstopljeni tretjim osebam v celotnem trajanju naročila.

47 Če bi bili deleži družbe APA-OTS odstopljeni tretjim osebam med trajanjem naročila, ki je predmet postopka v glavni stvari, ne bi šlo več za notranjo reorganizacijo prvotne sopogodbenice, ampak za dejansko zamenjavo sopogodbenice, kar bi načeloma pomenilo spremembo bistvenega pogoja naročila. Tak dogodek bi lahko pomenil novo oddajo naročila v smislu Direktive 92/50.

48 Podobno razlogovanje bi se uporabilo, če bi bil odstop deležev hčerinske družbe tretji osebi predviden že ob zadevnem prenosu dejavnosti nanjo (glej v tem smislu sodbo z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji, C-29/04, ZOdl., str. I-9705, točke od 38 do 42).

49 Vendar, dokler do takega razvoja ne pride, ostaja veljavna analiza iz točke 45 te sodbe, v skladu s katero navedeni položaj pomeni notranjo reorganizacijo sopogodbenice.

Neobstoj zagotovila, da družbeni deleži hčerinske družbe ne bodo odstopljeni tretjim osebam med trajanjem naročila, ne vpliva na to ugotovitev.

50 Predložitveno sodišče se prav tako sprašuje o pravnih posledicah, ki so povezane z neobstojem zagotovila za naročnika, da se sestava družbenikov prvotnega izvajalca ne bo spremenila med celotnim trajanjem pogodbe.

51 Javna naročila so praviloma dodeljena pravnim osebam. Če je pravna oseba delniška družba, ki kotira na borzi, je zanjo značilno tudi to, da se njena delniška sestava lahko kadarkoli spremeni. Tak položaj načeloma ne ogrozi veljavnosti dodelitve javnega naročila taki družbi. Drugače bi lahko bilo v izjemnih primerih, ko gre za ravnanja, katerih cilj je zaobiti pravila Skupnosti o javnih naročilih.

52 Podobne ugotovitve se uporabijo v okviru javnih naročil, dodeljenih pravnim osebam, ki niso delniške družbe, ampak registrirane zadruge z omejeno odgovornostjo kot v postopku v glavni stvari. Morebitne spremembe v sestavi članov take zadruge načeloma ne povzročijo bistvene spremembe naročila, ki ji je bilo dodeljeno.

53 Zato tudi te ugotovitve ne spremenijo ugotovitve iz točke 45 te sodbe.

54 Iz tega sledi, da je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba izraz „oddaja“, uporabljen v členih 3(1), 8 in 9 Direktive 92/50, razlagati tako, da ne pokriva položaja, kot je položaj v postopku v glavni stvari, v katerem so storitve, ki jih naročniku

zagotavlja prvotni izvajalec, prenesene na drugega izvajalca, ki je kapitalska družba, in katerih prvotni izvajalec je edini delničar, ki nadzira novega izvajalca in mu daje navodila, če je prvotni izvajalec še naprej odgovoren za spoštovanje pogodbenih obveznosti.

Drugo vprašanje

55 Drugo vprašanje predložitvenega sodišča se nanaša na spremembe temeljne pogodbe, ki so nastale s prvim aneksom, sklenjenim leta 2001, ki je začel veljati 1. januarja 2002. V bistvu sprašuje, ali nekatere spremembe cen pomenijo novo oddajo naročila v smislu Direktive 92/50.

56 To vprašanje za predhodno odločanje se nanaša, prvič, na pretvorbo cen v eure brez spremembe njihovega dejanskega zneska, drugič, na pretvorbo cen v eure skupaj z zmanjšanjem njihovega dejanskega zneska in, tretjič, na preoblikovanje klavzule o indeksaciji cen.

57 Odgovoriti je treba, da če se obstoječe naročilo zaradi prehoda na euro spremeni v tem smislu, da cene, prvotno izražene v nacionalni valuti, konvertirajo v euro, ne gre za bistveno spremembo naročila, ampak le za njegovo prilagoditev spremenjenim zunanjim okoliščinam, če se zneski v eurih zaokrožijo v skladu z veljavnimi določbami, zlasti z določbami Uredbe Sveta (ES) št. 1103/97 z dne 17. junija 1997 o nekaterih določbah v zvezi z uvajanjem eura (UL L 162, str. 1).

58 Če zaokrožitev cen, konvertiranih v eure, preseže znesek, ki je dovoljen z upoštevnimi določbami, gre za spremembo dejanskega zneska cen, predvidenih s prvotnim naročilom. Postavlja se torej vprašanje, ali taka sprememba cen pomeni novo oddajo naročila.

59 Očitno je, da je cena pomemben pogoj javnega naročila (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Komisija proti CAS Succhi di Frutta, točka 117).

60 Sprememba takega pogoja med trajanjem veljavnosti naročila, če ni izrecnega pooblastila v tem smislu v pogojih prvotnega naročila, bi lahko povzročila kršitev načel preglednosti in enakega obravnavanja ponudnikov (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Komisija proti CAS Succhi di Frutta, točka 121).

61 Vendar se s konverzijo cen naročila v eure med njegovo veljavnostjo lahko prilagodi tudi njihov dejanski znesek, ne da bi iz tega izhajala nova oddaja naročila, če je taka prilagoditev minimalna in objektivno utemeljena, kot v primeru, če je njen namen olajšati izvedbo naročila, na primer s poenostavitvijo postopkov zaračunavanja.

62 V postopku v glavni stvari je bila na eni strani letna dajatev za uporabo redakcijskih člankov in medijskih arhivov zmanjšana le za 0,3 %, zato da je okrogla številka, ki lahko olajša računanje. Na drugi strani so bile cene za linijo za uvrstitev tiskovnih sporočil v storitev OTS znižane za 2,94 % in za 1,47 % za leti 2002 oziroma 2003, da bi bile izražene v okroglih številkah, ki lahko prav tako olajšajo računanje. Poleg dejstva, da se te prilagoditve cen nanašajo na zmanjšani znesek, niso v prid, ampak v škodo ponudniku, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, pri čemer se ta strinja z znižanjem cen, ki naj bi izhajale iz pravil konverzije in indeksacije, ki se običajno uporabijo.

63 V takih okoliščinah je mogoče ugotoviti, da prilagoditev cen v javnem naročilu med njegovo veljavnostjo ne pomeni take spremembe bistvenih pogojev tega naročila, ki bi pomenila novo oddajo naročila v smislu Direktive 92/50.

64 Glede preoblikovanja klavzule o indeksaciji je treba poudariti, da temeljna pogodba v členu 5(3) med drugim določa, da „[j]e [bilo treba] za izračun indeksacije izhajati iz indeksa cen v potrošnji leta 86 (VPI 86), ki ga je objavil avstrijski centralni statistični urad (ÖSTAT), ali iz naknadnega indeksa, ki ga nadomesti“.

65 Iz tega izhaja, da je temeljna pogodba predvidela nadomestitev indeksa cen, ki je bil omenjen z naknadnim indeksom.

66 S prvim aneksom je bil indeks cen, ki je naveden v temeljni pogodbi, namreč indeks cen v potrošnji leta 1986 (VPI 86), ki ga je objavil ÖSTAT, nadomeščen z novejšim, namreč z indeksom cen v potrošnji leta 1996 (VPI 96), ki ga je objavil isti organ.

67 Kot je bilo navedeno v točki 19 te sodbe, se ta aneks sklicuje na indeks, izračunan za leto 2001, v katerem je bil sklenjen, namesto na indeks iz leta 1994, ko je bila sklenjena temeljna pogodba. Ta posodobitev sklica je skladna s posodobitvijo indeksa cen.

68 Iz tega izhaja, da se je prvi aneks glede posodobitve klavzule o indeksaciji omejil na uporabo določb temeljne pogodbe.

69 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da sklicevanje na novi indeks cen ne pomeni take spremembe bistvenih pogojev prvotnega naročila, da bi to pomenilo novo oddajo naročila v smislu Direktive 92/50.

70 Iz tega izhaja, da je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da je treba izraz „oddaja“, uporabljen v členih 3(1), 8 in 9 Direktive 92/50, razlagati tako, da ne pokriva prilagoditve prvotne pogodbe spremenjenim zunanjim okoliščinam, kot so konverzija cen, prvotno izraženih v nacionalni valuti, v eure; minimalno znižanje teh cen zaradi njihove zaokrožitve ter sklicevanje na novi indeks cen, katerega nadomestitev s predhodno določenim indeksom je bila predvidena v prvotni pogodbi.

Tretje vprašanje

71 Tretje vprašanje predložitvenega sodišča se nanaša na spremembe temeljne pogodbe z drugim aneksom, sklenejenim oktobra 2005, ki je začel veljati 1. januarja 2006.

72 To sodišče v bistvu sprašuje, ali nova oddaja naročila po eni strani izhaja iz sklenitve nove klavzule o zavezi, da naročilo ne bo odpovedano, po drugi strani pa iz povečanja popustov, dogovorjenih glede cen nekaterih storitev, ki so predmet naročila.

73 Glede sklenitve nove klavzule o neodpovedi med veljavnostjo naročila, sklenjenega za nedoločen čas, je treba najprej opozoriti, da je praksa sklepanja javnega naročila storitev za nedoločen čas sama po sebi nenavadna za sistem in cilj pravil Skupnosti

o javnih naročilih. Taka praksa lahko navsezadnje ovira konkurenco med morebitnimi izvajalci storitev in preprečuje uporabo določb direktiv Skupnosti o seznanjanju javnosti o postopkih oddaje javnih naročil.

74 Kljub temu veljavno pravo Skupnosti ne prepoveduje sklepanja javnih naročil storitev za nedoločen čas.

75 Klavzula, s katero se stranki zavežeta, da v določenem obdobju ne bosta odpovedali pogodbe, sklenjena za nedoločen čas, prav tako ne šteje avtomatično za protipravno glede na pravo Skupnosti o javnih naročilih.

76 Kot izhaja iz točke 34 te sodbe, je za ugotovitev, ali sklenitev take klavzule pomeni novo odajo naročila, treba vedeti, ali je treba to klavzulo šteti za bistveno spremembo prvotne pogodbe (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Komisija proti Franciji, točki 44 in 46).

77 Klavzula, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, formalizira zavezo strank, da se odpovesta vsaki odpovedi pogodbe v obdobju od leta 2005 do 2008.

78 Vendar je treba poudariti, da bi bilo po izteku, 31. decembra 1999, klavzule o neodpovedi iz temeljne pogodbe zadevno naročilo v postopku v glavni stvari mogoče odpovedati kadarkoli, pod pogojem predhodnega obvestila. Kljub temu je naročilo ostalo veljavno v obdobju od leta 2000 do vključno 2005, ker niti naročnik niti izvajalec nista uporabila pravice do odpovedi pogodbe.

79 Iz spisa ne izhaja, da bi naročnik v obdobju od leta 2005 do leta 2008, ki ga pokriva klavzula o neodpovedi, imel konkretne načrte, če ne bi bilo te klavzule, da prekine veljavno pogodbo in da bi odprl nov razpis. Tudi če bi imel namen to storiti, obdobje, na katero se je nanašala ta klavzula, namreč tri leta, ni bila taka, da bi mu to preprečevala v obdobju, ki presega čas, potreben za organizacijo takega postopka. V teh okoliščinah ni dokazano, da taka klavzula o neodpovedi, če ni sistematično ponovno vključena v pogodbo, pomeni tveganje za izkrivljanje konkurence v škodo morebitnih novih ponudnikov. Zato je ni mogoče opredeliti za bistveno spremembo prvotne pogodbe.

80 Iz tega izhaja, da v takih okoliščinah, kot so okoliščine v postopku v glavni stvari, določitev klavzule o neodpovedi v obdobju treh let v času veljavnosti naročila za storitve, sklenejenega za nedoločen čas, ne pomeni nove oddaje naročila v smislu Direktive 92/50.

81 Drugič, glede povečanja popusta, določenega z drugim aneksom, je treba opozoriti, da je temeljna pogodba za zadevne storitve določala „ceno, ki je enaka najnižje razvrščeni potrošniški ceni po uradni tarifi […], zmanjšani za 15 %“.

82 V skladu s pojasnili, predloženimi Sodišču, se ta navedba nanaša na padajočo tarifo, ki jo izvaja družba APA, na podlagi katere se cene zadevnih storitev znižajo, če pogodbeni partner družbe APA poveča potrošnjo teh storitev.

83 Na podlagi nekaterih od teh pojasnil je mogoče tudi ugotoviti, da povečanje stopnje popusta s 15 % na 25 %, določeno z drugim aneksom, pomeni isto kot uporaba manj povišane cene. Zmanjšanje cene in povečanje stopnje popusta naj bi, tudi če je njuna formalna predstavitev drugačna, imela primerljiv ekonomski učinek.

84 V teh okoliščinah je povečanje popusta mogoče razlagati kot da izhaja iz klavzul, določenih v temeljni pogodbi.

85 Sicer pa po eni strani povečanje popusta, ki povzroči zmanjšanje prejemkov ponudnika, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, v primerjavi s prejemki, ki so bili prvotno določeni, ne spremeni ekonomskega ravnovesja pogodbe v prid ponudniku, ki mu je bilo dodeljeno naročilo.

86 Po drugi strani pa zgolj dejstvo, da naročnik dobi večji popust za del storitev, ki so predmet naročila, ne more povzročiti izkrivljanja konkurence v škodo morebitnih ponudnikov.

87 Iz navedenega izhaja, da v takem položaju, kot je položaj v postopku v glavni stvari, določitev – v aneksu – večjih popustov od tistih, ki so bili prvotno določeni za nekatere cene, določene na podlagi količin na določenem področju, ne sme šteti za bistveno spremembo pogodbe in zato ne pomeni nove oddaje naročila v smislu Direktive 92/50.

88 Zato je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da je treba izraz „oddaja“, uporabljen v členih 3(1), 8 in 9 Direktive 92/50, razlagati tako, da ne pokriva takega položaja, kot je položaj v postopku v glavni stvari, v katerem se naročnik med veljavnostjo naročila storitev z aneksom sporazume s ponudnikom, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, sklenjeno z njim za nedoločen čas, o obnovitvi za tri leta klavzule o neodpovedi, ki je prenehala veljati, ko je bil sklenjen dogovor o novi klavzuli, in o določitvi večjih popustov od tistih, ki so bili prvotno določeni za nekatere cene, določene na podlagi količin na določenih področjih.

89 Ob upoštevanju odgovorov na prvo, drugo in tretje vprašanje ni treba odgovoriti na četrto, peto, šesto in sedmo vprašanje.

Stroški

90 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (tretji senat) razsodilo:

1. **Izraz „oddaja“, uporabljen v členih 3(1), 8 in 9 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, je treba razlagati tako, da ne pokriva položaja, kot je položaj v postopku v glavni stvari, v katerem so storitve, ki jih naročniku zagotavlja prvotni izvajalec, prenesene na drugega izvajalca, ki je kapitalska družba, in katerih prvotni izvajalec je edini delničar, ki nadzira novega izvajalca in mu daje navodila, če je prvotni izvajalec še naprej odgovoren za spoštovanje pogodbenih obveznosti.**

2. **Izraz „oddaja“, uporabljen v členih 3(1), 8 in 9 Direktive Sveta 92/50, je treba razlagati tako, da ne pokriva prilagoditve prvotne pogodbe spremenjenim zunanjim okoliščinam, kot so konverzija cen, prvotno izraženih v nacionalni valuti, v eure, minimalno znižanje teh cen zaradi njihove zaokrožitve ter sklicevanje na novi indeks cen, katerega nadomestitev s predhodno določenim indeksom je bila predvidena v prvotni pogodbi.**

3. Izraz „oddaja“, uporabljen v členih 3(1), 8 in 9 Direktive Sveta 92/50, je treba razlagati tako, da ne pokriva takega položaja, kot je položaj v postopku v glavni stvari, v katerem se naročnik med veljavnostjo naročila storitev z aneksom sporazume s ponudnikom, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, sklenjeno z njim za nedoločen čas, o obnovitvi za tri leta klavzule o neodpovedi, ki je prenehala veljati, ko je bil sklenjen dogovor o novi klavzuli, in o določitvi večjih popustov od tistih, ki so bili prvotno določeni za nekatere cene, določene na podlagi količin na določenih področjih.

Podpisi