SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (peti senat)

z dne 20. maja 2010 *

V zadevi T-258/06,

Zvezna republika Nemčija, ki jo zastopata M. Lumma in C. Schulze-Bahr, zastopnika,

tožeča stranka,

ob intervenciji

Francoske republike, ki jo je sprva zastopal G. de Bergues, nato G. de Bergues in J.-C. Gracia ter nazadnje G. de Bergues in J.-S. Pilczer, zastopniki,

Republike Avstrije, ki jo zastopajo M. Fruhmann, C. Pesendorfer in C. Mayr, zastopniki,

* Jezik postopka: nemščina.

Republike Poljske, ki jo je sprva zastopala E. Ośniecka-Tamecka, nato T. Nowakowski, nato M. Dowgielewicz, potem M. Dowgielewicz, K. Rokicka in K. Zawisza ter nazadnje M. Szpunar, zastopniki,

Kraljevine Nizozemske, ki jo je sprva zastopala H. Sevenster, nato C. Wissels in M. de Grave ter nazadnje C. Wissels, M. de Grave in Y. de Vries, zastopniki,

Evropskega parlamenta, ki ga zastopata U. Rösslein in J. Rodrigues, zastopnika,

Helenske republike, ki jo zastopata D. Tsagkaraki in M. Tassopoulou, zastopnici,

in

Združenega kraljestva Velika Britanija in Severna Irska, ki ga je sprva zastopala Z. Bryanston-Cross, nato L. Seeboruth, zastopnika,

intervenientke,

proti

Evropski komisiji, ki jo zastopata X. Lewis in B. Schima, zastopnika,

tožena stranka,

zaradi predloga za razglasitev ničnosti Razlagalnega sporočila Komisije o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih (UL 2006, C 179, str. 2),

SPLOŠNO SODIŠČE (peti senat),

v sestavi M. Vilaras, predsednik, M. Prek in V. M. Ciucă (poročevalec), sodnika,

sodna tajnica: T. Weiler, administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 29. aprila 2009

izreka naslednjo

Sodbo

Dejansko stanje

1 Komisija Evropskih skupnosti je 23. junija 2006 sprejela Razlagalno sporočilo o zakonodaji Skupnosti, ki velja za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih (v nadaljevanju: sporočilo). Evropska komisija je namreč leta 2004 v zvezi z oddajo javnih naročil sprejela Direktivo 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) in Direktivo 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), ki določata podrobna pravila o konkurenčnih postopkih za oddajo javnih naročil (v nadaljevanju skupaj: direktivi o javnih naročilih).

2 Toda nekaterih javnih naročil ti direktivi ne zajemata ali jih zajemata samo delno. Iz besedila sporočila je razvidno, da so to javna naročila pod pragovi za uporabo direktiv o javnih naročilih ter javna naročila, navedena v Prilogi II B k Direktivi 2004/18/ES in v Prilogi XVII B k Direktivi 2004/17/ES, ki presegajo pragove iz direktiv o javnih naročilih (v nadaljevanju: javna naročila II B).

3 V sporočilu je poleg tega opozorjeno, da iz sodne prakse Sodišča izhaja, da se pravila notranjega trga uporabljajo tudi za naročila, ki niso zajeta z direktivama o javnih naročilih. Komisija v sporočilu pojasnjuje svoje razumevanje sodne prakse Sodišča in predlaga najboljše prakse, da bi pomagala državam članicam karseda izkoristiti prednosti notranjega trga. V sporočilu je kljub temu pojasnjeno, da ne postavlja novih pravnih pravil.

4 V sporočilu so navedeni temeljni standardi za oddajo javnih naročil, ki izhajajo neposredno iz pravil Pogodbe ES, kot jih razlaga Sodišče.

5 V sporočilu se tako razlikuje med javnimi naročili, ki niso pomembna za notranji trg in za katera standardi, ki izhajajo iz Pogodbe ES, ne veljajo, in javnimi naročili, ki so zadostno povezana z delovanjem notranjega trga in za katera ti standardi veljajo. Naročniki morajo od primera do primera ocenjevati, ali je javno naročilo pomembno za notranji trg. Če se na podlagi ocene javnega naročila izkaže, da je pomembno za notranji trg, ga je treba oddati v skladu s temeljnimi standardi zakonodaje Skupnosti.

6 Točka 2 sporočila se nanaša na temeljne standarde za oddajo javnih naročil, ki so pomembna za notranji trg. Komisija ob upoštevanju sodne prakse Sodišča v tej točki navaja obveznost preglednosti, s katero se zagotavlja določena mera obveščanja, ki zadostuje, da se trg odpre za konkurenco. Komisija tako v točki 2.1.1. sporočila navaja, da je edini način za izpolnitev zahtev, opredeljenih v sodni praksi Sodišča, objava dovolj dostopnega obvestila pred oddajo javnega naročila. Poleg tega je v točki 2.1.2. sporočila predlaganih več ustreznih in splošno uporabljenih načinov objave. Ti vključujejo internet, nacionalne uradne liste, nacionalne vestnike, specializirane za objavo javnih naročil, nacionalne ali regionalne časopise ali specialistične publikacije, lokalna sredstva obveščanja in *Uradni list Evropske unije*/TED (dostopen na internetu prek podatkovne zbirke evropskih javnih naročil TED (Tenders Electronic Daily)).

7 V sporočilu je v točki 2.2. pojasnjeno, da mora biti javno naročilo oddano v skladu s pravili in načeli Pogodbe ES, kar med drugim vključuje spoštovanje načel prepovedi diskriminacije in preglednosti. Najboljši načini za zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg odpre za konkurenco, ter za nadzor nad tem, ali so bili postopki dodelitve izvedeni nepristransko, naj bi bili nediskriminatorni opis predmeta javnega naročila, enakopraven dostop za gospodarske subjekte iz vseh držav članic, vzajemno priznavanje diplom, potrdil in drugih dokazil o uradni usposobljenosti, ustrezni roki ter pregleden in objektiven pristop.

8 Nazadnje, v sporočilu je v točki 2.3. poudarjen pomen sodnega varstva, s katerim se izvaja nadzor nad nepristranskostjo postopka.

Postopek

9 Zvezna republika Nemčija je 12. septembra 2006 v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje vložila to tožbo.

10 Francoska republika je 19. decembra 2006 vložila predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 9. marca 2007 dovolil to intervencijo. Francoska republika je 14. junija 2007 vložila intervencijsko vlogo.

11 Republika Avstrija je 5. januarja 2007 vložila predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 9. marca 2007 dovolil to intervencijo. Republika Avstrija je 14. junija 2007 vložila intervencijsko vlogo.

12 Republika Poljska je 10. januarja 2007 vložila predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 9. marca 2007 dovolil to intervencijo. Republika Poljska je 12. junija 2007 vložila intervencijsko vlogo.

13 Kraljevina Nizozemska je 18. januarja 2007 vložila predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 9. marca 2007 dovolil to intervencijo. Kraljevina Nizozemska je 13. junija 2007 vložila intervencijsko vlogo.

14 Evropski parlament je 22. januarja 2007 vložil predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je

s sklepom z dne 9. marca 2007 dovolil to intervencijo. Parlament je 13. junija 2007 vložil intervencijsko vlogo.

15 Helenska republika je 27. marca 2007 vložila predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 14. maja 2007 dovolil to intervencijo in Helenski republiki dovolil, da v skladu s členom 116(6) Poslovnika Sodišča prve stopnje predstavi svoja stališča v ustnem postopku.

16 Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska je 13. avgusta 2007 vložilo predlog za intervencijo v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Predsednik prvega senata Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 8. oktobra 2007 dovolil to intervencijo in Združenemu kraljestvu Velika Britanija in Severna Irska dovolil, da v skladu s členom 116(6) Poslovnika predstavi svoja stališča v ustnem postopku.

17 Komisija je 18. septembra 2007 predstavila svoja stališča o intervencijskih vlogah Francoske republike, Republike Avstrije, Republike Poljske, Kraljevine Nizozemske in Parlamenta. Zvezna republika Nemčija ni predstavila stališč o intervencijskih vlogah.

18 Ta zadeva je bila nato zaradi spremembe sestave senatov Sodišča prve stopnje, ki je začela veljati 25. septembra 2007, in razporeditve sodnika poročevalca v peti senat dodeljena temu senatu.

19 Na podlagi poročila sodnika poročevalca je Sodišče prve stopnje (peti senat) sklenilo, da začne ustni postopek. Stranke so na obravnavi 29. aprila 2009 podale ustne navedbe in odgovorile na vprašanja Sodišča prve stopnje. Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska na obravnavi ni bilo navzoče.

Predlogi strank

20 Zvezna Republika Nemčija je Sodišču prve stopnje predlagala, naj:

– sporočilo razglasi za nično;

– Evropski komisiji naloži plačilo stroškov.

21 Francoska republika, Republika Avstrija in Kraljevina Nizozemska so Sodišču prve stopnje predlagale, naj:

– sporočilo razglasi za nično;

– Komisiji naloži plačilo stroškov.

22 Parlament in Republika Poljska sta Sodišču prve stopnje predlagala, naj sporočilo razglasi za nično.

23 Komisija je Sodišču prve stopnje predlagala, naj:

– tožbo zavrže kot nedopustno;

– Zvezni republiki Nemčiji naloži plačilo stroškov.

Dopustnost

A – *Uvodna pojasnila*

24 Komisija, ne da bi vložila uraden ugovor nedopustnosti, prereka dopustnost tožbe, ker sporočilo ni akt, ki bi lahko bil predmet ničnostne tožbe. Sporočilo naj bi bilo razlagalno, torej akt, ki glede na obliko spada med priporočila in mnenja, to je med akte, za katere Pogodba ES določa, da niso zavezujoči. Zaradi izbire te oblike akta naj bi torej bilo mogoče takoj sklepati, da akt nima zavezujočih pravnih učinkov. Komisija navaja, da je običajno namen razlagalnega sporočila pojasniti pravice in obveznosti, ki izhajajo iz določb prava Skupnosti, ob morebitnem upoštevanju sodne prakse Sodišča. Iz tega naj bi izhajalo, da razlagalno sporočilo po naravi ni akt, ki bi lahko imel zavezujoče pravne učinke za tretje in ki bi lahko bil predmet ničnostne tožbe. Komi-

sija prav tako trdi, da je iz besedila sporočila razvidno, da namen sporočila ni določiti pravno zavezujočih pravil, ampak da je iz besedila jasno, da sporočilo bodisi podaja sodno prakso Sodišča bodisi z nezavezujočimi priporočili predstavlja sklepe Komisije glede te prakse.

25 Spomniti je treba, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso ničnostno tožbo mogoče vložiti zoper vse določbe, ki jih sprejmejo institucije in ki imajo pravne učinke, in sicer ne glede na njihovo naravo ali obliko (glej sodbo Sodišča z dne 20. marca 1997 v zadevi Francija proti Komisiji, C-57/95, Recueil, str. I-1627, točka 7 in navedena sodna praksa).

26 V obravnavnem primeru gre za sporočilo, ki ga je sprejela Komisija in ki je bilo v celoti objavljeno v seriji C Uradnega lista. Kot je razvidno iz spisa, je namen tega akta izraziti splošni pristop Komisije v zvezi z oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih, glede uporabe vseh temeljnih standardov za oddajo javnih naročil, ki neposredno izhajajo iz pravil in načel Pogodbe ES, zlasti iz načel prepovedi diskriminacije in preglednosti.

27 Da bi torej bilo mogoče ugotoviti, ali ima sporočilo nove pravne učinke glede na pravne učinke, ki izhajajo iz uporabe temeljnih načel Pogodbe ES, je treba preizkusiti njegovo vsebino (glej v tem smislu sodbe Sodišča z dne 9. oktobra 1990 v zadevi Francija proti Komisiji, C-366/88, Recueil, str. I-3571, točka 11; z dne 13. novembra 1991 v zadevi Francija proti Komisiji, C-303/90, Recueil, str. I-5315, točka 10, in zgoraj v točki 25 navedeno sodbo Francija proti Komisiji, točka 9).

28 Treba je torej preizkusiti, ali so v sporočilu zgolj pojasnjene določbe o prostem pretoku blaga, svobodi ustanavljanja in svobodi opravljanja storitev ter načela prepovedi diskriminacije, enakega obravnavanja in sorazmernosti ter pravila preglednosti in vzajemnega priznavanja, ki se uporabljajo za javna naročila, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih, ali pa so v njem določene posebne ali nove obveznosti glede na te določbe, načela in pravila (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 16. junija 1993 v zadevi Francija proti Komisiji, C-325/91, Recueil, str. I-3283, točka 14, in zgoraj v točki 25 navedeno sodbo Francija proti Komisiji, točka 13).

29 Tako zgolj na podlagi okoliščine, da razlagalnega sporočila, kot trdi Komisija, glede na njegovo obliko, naravo ali besedilo ni mogoče šteti za akt, katerega namen je zagotoviti pravne učinke, ni mogoče sklepati, da nima obveznih pravnih učinkov.

30 Zvezna republika Nemčija se kljub temu strinja, da obstajajo sporočila Komisije, ki niso zavezujoča, so pa objavljena. Vendar meni, da je v obravnavanem primeru objava sporočila dejstvo, ki ga ni mogoče zanemariti pri presoji pravnih učinkov sporočila. Objava naj bi namreč bila nujni pogoj za obstoj pravnega pravila, sporočilo pa naj bi tako kot pravno pravilo imelo zunanji učinek.

31 Kot je bilo v zvezi s tem navedeno zgoraj, če preizkus vsebine sporočila pokaže, da ta določa posebne ali nove obveznosti, je tožbo treba razglasiti za dopustno, ne da bi bilo treba preizkusiti, ali je bilo sporočilo objavljeno. Če pa takih obveznosti ni, zgolj na podlagi objave sporočila ni mogoče sklepati, da gre za akt, ki je lahko predmet ničnostne tožbe.

B – *Vsebina sporočila*

32 Zvezna republika Nemčija ob podpori intervenientk v utemeljitev svoje tožbe v bistvu zatrjuje, da je sporočilo zavezujoči akt, saj vsebuje nova pravila za oddajo javnih naročil, ki presegajo obveznosti, ki izhajajo iz obstoječega prava Skupnosti, in ki ustvarjajo pravne posledice za države članice, kar pomeni, da Komisija ni pristojna za sprejetje takih pravil.

33 Zvezna republika Nemčija in intervenientke v zvezi s tem v bistvu trdijo, prvič, da sporočilo med drugim v točki 2.1. glede javnih naročil, ki so pod pragovi za uporabo direktiv o javnih naročilih, ter javnih naročil II B, določa obveznost predhodne objave (*ex ante*), ki ne izhaja iz temeljnih načel Pogodbe ES, kot jih razlaga Sodišče. Drugič, Zvezna republika Nemčija trdi, da obveznosti, ki izhajajo iz točke 2.2. sporočila, občutno presegajo okvire razlage temeljnih načel Pogodbe ES, ki jo je podalo Sodišče. Tretjič, Zvezna republika Nemčija uveljavlja preprost prenos odstopanj, ki jih direktivi o javnih naročilih določata za oddajo javnih naročil po postopku s pogajanji, na javna naročila, ki ne spadajo na področje uporabe direktiv o javnih naročilih, kot je navedeno v točki 2.1.4. sporočila. Nazadnje, Zvezna republika Nemčija trdi, da je pravni učinek razviden iz točke 1.3. sporočila, ki za primer neupoštevanja sporočila predvideva sprožitev postopka za ugotavljanje kršitev na podlagi člena 226 ES. Zvezna republika Nemčija in intervenientke menijo, da je na podlagi vseh teh elementov treba sklepati, da ima sporočilo pravne učinke.

1. *Prvi očitek – obstoj obveznosti predhodne objave (točka 2.1.1. sporočila)*

a) Trditve strank

Zvezna republika Nemčija

34 Zvezna republika Nemčija trdi, da sporočilo med drugim v točki 2.1.1. določa načelno obveznost držav članic, da predhodno objavijo vsa načrtovana javna naročila, torej tudi javna naročila, ki so pod pragovi za uporabo direktiv o javnih naročilih, ter javna naročila II B. Toda iz sodne prakse Sodišča, na katero je sporočilo oprto, naj ne bi izhajala obveznost predhodne objave in s tem obveznost *ex ante* preglednosti. Obveznost *ex ante* naj tako ne bi izhajala iz temeljnih načel Pogodbe ES ali razlage teh, ki jo je podalo Sodišče.

35 Zvezna republika Nemčija je v ustnih navedbah v zvezi s tem dodala, da čeprav iz nekaterih sodb Sodišča, izrečenih po sprejetju sporočila, izhaja obveznost predhodne objave, na podlagi tega razvoja sodne prakse ni mogoče retroaktivno določiti take obveznosti.

36 Zvezna republika Nemčija meni, da se sodna praksa Sodišča, na kateri temelji sporočilo, in zlasti sodbe z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, v nadaljevanju: sodba Telaustria), z dne 21. julija 2005

v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287) in z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585) uporablja zgolj za koncesije storitev, ki ne spadajo na področje uporabe sporočila.

37 Poleg tega naj bi se koncesije storitev razlikovale od javnih naročil pod zgoraj navedenimi pragovi zaradi svojega gospodarskega pomena, ki naj bi na splošno presegal evropske pragove in naj bi jih tako približeval javnim naročilom, ki so zajeta z direktivami o javnih naročilih. Tako tudi če je obveznost preglednosti lahko primerna na področju koncesije storitev, to gotovo ne velja za javna naročila, ki so predmet sporočila. Zvezna republika Nemčija meni, da sodne prakse o koncesijah storitev tako ni mogoče neposredno prenesti na javna naročila, ki so pod pragovi za uporabo.

38 Poleg tega Zvezna republika Nemčija trdi, da z drugima dvema v sporočilu navedenima odločbama, ki se nanašata na javna naročila pod pragovi (sklep Sodišča z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard, C-59/00, Recueil, str. I-9505, in sodba Sodišča z dne 20. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Franciji, C-264/03, ZOdl., str. I-8831), prav tako ni mogoče utemeljiti obveznosti predhodne objave. Zvezna republika Nemčija meni, da se Sodišče v nobeni od odločb ni izreklo o kakršnikoli obveznosti preglednosti, temveč je zgolj ugotovilo, da se v obravnavanem primeru uporabi načelo prepovedi diskriminacije (zgoraj navedena sklep Vestergaard, točki 20 in 24, in sodba Komisija proti Franciji, točki 32 in 33). Obveznost *ex ante* preglednosti naj se torej ne bi prenesla na javna naročila, na katera se nanaša sporočilo.

39 Kakorkoli, Zvezna republika Nemčija meni, da so javna naročila pod pragovi na splošno zelo majhnega gospodarskega pomena in torej ne ogrožajo zadevnih temeljnih svoboščin, saj naj bi imela nanje preveč negotov in posreden učinek (zgoraj v točki 36 navedena sodba Coname, točka 20). To ugotovitev naj bi potrjevali sklepni predlogi

generalne pravobranilke E. Sharpston k sodbi Sodišča z dne 26. aprila 2007 v zadevi Komisija proti Finski (C-195/04, ZOdl., str. I-3351, I-3353, točki 83 in 85).

40 S sporočilom naj bi se tudi prekoračilo obstoječe pravo v zvezi z javnimi naročili II B, saj naj bi ta javna naročila na splošno vsebovala lokalne posebnosti in naj bi bila manj primerna za čezmejna javna naročila, kar naj bi pojasnjevalo, zakaj zakonodajalec Skupnosti za njih določa zgolj obveznost preglednosti *ex post*, in ne *ex ante*, kot odslej določa sporočilo.

41 Poleg tega Zvezna republika Nemčija meni, da je obveznost predhodne objave smiselna in učinkovita le, če podrobnosti njegove izvedbe pripomorejo k cilju odpiranja trgov. Toda to naj ne bi veljalo, kadar ni nobenega tujega ponudnika ali je zelo malo tujih ponudnikov, ki bi bili zainteresirani za zadevna javna naročila, na kakršna se nanaša sporočilo. V zvezi s tem naj bi Sodišče v sodbi Coname, navedeni zgoraj v točki 36, opozorilo, da obstajajo javna naročila, katerih učinki na zadevna temeljna načela Pogodbe ES so preveč negotovi in posredni, da bi bilo mogoče sklepati o morebitni kršitvi teh načel. Iz točke 1.3. sporočila naj bi bilo razvidno, da se je Komisija zavedala, da so nekatera javna naročila zaradi svojega majhnega gospodarskega pomena manj privlačna za tuja podjetja, kar naj bi v teh primerih upravičevalo neobveznost predhodne objave.

42 Zakonodajalec Skupnosti naj bi torej z uvedbo pragov za uporabo direktiv o javnih naročilih izrecno določil, da je pod temi vrednostmi načeloma treba šteti, da so učinki na notranji trg „negotovi in posredni“, ter tako ugotoviti, da tuji ponudniki niso zainteresirani. Komisija bi morala to presojo zakonodajalca spoštovati. Zvezna republika Nemčija poudarja, da tako meni tudi generalna pravobranilka E. Sharpston v sklepnih predlogih k sodbi Komisija proti Finski, navedenih zgoraj v točki 39 (točki 85 in 96). Poleg tega Zvezna republika Nemčija meni, da od naročnikov ni mogoče razumno zahtevati, da bodo v vsakem primeru preučili pomembnost javnega naročila za

notranji trg, kot je določeno v točki 1.3. sporočila, po drugi strani pa naj bi morali biti zmožni hitro ugotoviti, katere obveznosti preglednosti jih zavezujejo. Na obravnavi je Zvezna republika Nemčija dodala, da je konkreten in posamičen pristop iz točke 1.3. sporočila zlasti v nasprotju s sodbo Sodišča z dne 15. maja 2008 v združenih zadevah SECAP (C-147/06 in C-148/06, ZOdl., str. I-3565), v kateri naj bi Sodišče sprejelo abstraktno in splošno opredelitev pomembnosti javnega naročila za notranji trg.

43 Prav tako naj od naročnikov ne bi bilo mogoče zahtevati, da v vsakem posameznem primeru preučijo, ali je javno naročilo II B oziroma javno naročilo pod pragom pomembno za notranji trg. Načelo pravne varnosti naj bi namreč zahtevalo, da morajo biti nacionalni organi zmožni hitro ugotoviti, katere obveznosti objave veljajo. Določeni pragovi in seznam javnih naročil II B naj bi ustrezali temu načelu.

44 Zvezna republika Nemčija dalje meni, da obveznost predhodne objave, ki jo določa sporočilo, prekoračuje prepoved diskriminacije med oddajanjem javnih naročil (na primer s tem, da bi se dajala prednost nemškim ponudnikom pred tujimi). Posledica te obveznosti naj bi bila dolžnost ukrepanja naročnikov, da omogočajo in spodbujajo čezmejne ponudbe.

45 Zvezna republika Nemčija meni, da se objava obvestila, ki je v skladu s sporočilom nujna, približuje zahtevam iz direktiv o javnih naročilih ter je dolgotrajna in draga. Zvezna republika Nemčija tako ob opiranju na sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston k sodbi Komisija proti Finski, navedene zgoraj v točki 39, meni, da morajo države članice določiti pogoje za izvajanje načela preglednosti. Iz točke 98 zgoraj v točki 39 navedenih sklepnih predlogov generalne pravobranilke

E. Sharpston k sodbi Komisija proti Finski naj bi bilo tudi razvidno, da je vprašanje, kaj je primerna raven obveščanja za javna naročila nižje vrednosti, urejeno z nacionalnim pravom.

46 Zvezna republika Nemčija je glede tega na obravnavi pojasnila, da izpodbija zlasti obveznost naročnikov, da izberejo najprimernejši način za obveščanje o svojih javnih naročilih, kakršna je določena v prvem odstavku točke 2.1.2. sporočila. Komisija naj bi s sklicevanjem na vsakega naročnika izbrala konkreten in posamičen pristop, ki naj ne bi bil v skladu s sodno prakso Sodišča. Zvezna republika Nemčija je v zvezi s tem dodala, da ne izpodbija primerov ustreznega obveščanja, navedenih v točki 2.1.2 sporočila.

47 Zvezna republika Nemčija tako meni, da za javna naročila iz sporočila dejansko ne velja nobena splošna obveznost preglednosti, ki izhaja iz prava Skupnosti. Obveznost predhodne objave iz sporočila naj bi tako znatno prekoračila tisto, kar je razvidno iz razlage temeljnih načel Pogodbe ES, ki jo je podalo Sodišče.

Intervenientke

48 Francoska republika meni, da je treba preizkusiti, ali so v sporočilu zgolj pojasnjena pravila in načela Pogodbe ES v zvezi z oddajo javnih naročil ali pa to določa nove obveznosti glede na ta pravila in načela. Sporočilo pa naj bi nekaj dodajalo k obstoječemu pravu.

49 V zvezi s tem Francoska republika zlasti trdi, da Sodišče v zgoraj v točki 38 navedenem sklepu Vestergaard ni določilo nobene splošne obveznosti zagotovitve ustreznega obveščanja glede javnih naročil pod pragovi, navedeni sklep pa naj bi se nanašal na uporabo načela prepovedi diskriminacije, ne pa na obveznost preglednosti. Sodišče naj bi v točki 20 zgoraj v točki 38 navedenega sklepa Vestergaard ugotovilo, da čeprav so nekatere pogodbe izključene s področja uporabe direktiv Skupnosti na področju javnih naročil, morajo naročniki, ki jih sklenejo, vseeno spoštovati temeljna pravila Pogodbe ES, nato pa naj bi na podlagi tega ugotovilo, da člen 28 ES naročniku prepoveduje v razpisni dokumentaciji zadevnega naročila določiti klavzulo, ki za izvedbo naročila predpisuje uporabo materiala določene blagovne znamke brez pristavka „ali ekvivalentne vrste“ (zgoraj v točki 38 navedeni sklep Vestergaard, točka 24).

50 Taka splošna obveznost ustreznega obveščanja glede javnih naročil pod pragom naj ne bi bila razvidna niti iz zgoraj v točki 38 navedene sodbe Komisija proti Franciji. Sodišče naj bi namreč v točki 32 te sodbe menilo, da čeprav so nekatere pogodbe izključene s področja uporabe direktiv Skupnosti o javnih naročilih, morajo naročniki, ki jih sklenejo, vseeno spoštovati temeljna pravila Pogodbe ES in načelo prepovedi diskriminacije, zlasti glede na državljanstvo. Vendar naj bi bilo po mnenju Sodišča iz tega razvidno le, da je bila s sporno francosko določbo ovirana svoboda opravljanja storitev v smislu člena 49 ES s tem, da je privedla do pridržanja naloge zastopanja investitorja gradnje izčrpnemu seznamu pravnih oseb francoskega prava (zgoraj v točki 38 navedena sodba Komisija proti Franciji, točka 68).

51 Poleg tega Francoska republika meni, da čeprav se je Sodišče v zgoraj v točki 36 navedeni sodbi Telaustria sklicevalo na obveznost ustreznega obveščanja, je to naredilo zato, ker je šlo za koncesijo velike gospodarske vrednosti. Ta ugotovitev naj bi bila potrjena z zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Coname, ki se je, nasprotno, nanašala na koncesije zelo majhnega gospodarskega pomena.

52 Francoska republika vsekakor trdi, da če bi bilo treba ugotoviti, da je obveznost ustreznega obveščanja razvidna iz sodne prakse Sodišča, nikakor ne bi mogla imeti oblike obveznosti predhodne objave, kakršno določa sporočilo v točki 2.1.1.

53 Poleg tega Francoska republika trdi, da je iz zgoraj v točki 39 navedenih sklepnih predlogov generalne pravobranilke E. Sharpston k sodbi Komisija proti Finski in sklepnih predlogov generalnega pravobranilca N. Fennellyja k zgoraj v točki 36 navedeni sodbi Telaustria (Recueil, str. I-10747) razvidno, da obveznost preglednosti ne vključuje obveznosti objave, kot je določena v točki 2.1.2. sporočila.

54 Glede javnih naročil II B Francoska republika meni, da odločitev Sveta, da za taka javna naročila ne velja obveznost predhodne objave, pojasnjujeta uvodni izjavi 18 in 19 Direktive 2004/18. Iz njiju naj bi bilo razvidno, da se za javna naročila II B zadevna direktiva ne uporablja v celoti, to pomeni, da se zanje zlasti ne uporablja obveznost predhodne objave, se pa nadzirajo z mehanizmom, ki naj bi zainteresiranim strankam omogočil dostop do informacij s tega področja.

55 Francoska republika tako meni, da je Svet v Direktivi 2004/18 očitno želel za javna naročila predpisati poseben in popoln sistem obveščanja, s katerim bi se poenostavil sistem oddaje javnega naročila.

56 Republika Avstrija tudi meni, da je obvestilo akt, ki ustvarja pravne učinke zaradi določitve splošne obveznosti predhodne objave, ki ne izvira niti iz Pogodbe ES niti iz sodne prakse Sodišča.

57 V zvezi s tem Republika Avstrija k trditvam Zvezne republike Nemčije dodaja, da je iz sklepnih predlogov generalnih pravobranilk C. Stix Hackl in E. Sharpston k sodbi

Sodišča z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski (C-507/03, ZOdl., str. I-9777, I-9780) in zgoraj v točki 39 navedeni sodbi Komisija proti Finski razvidno, da je pravni položaj nejasen in sporen glede uporabe obveznosti preglednosti pri oddajah javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih. Medtem ko je generalna pravobranilka C. Stix-Hackl ugotovila, da je pri oddaji javnih naročil neprednostnih storitev nujna objava obvestila, je generalna pravobranilka E. Sharpston zanikala splošno obveznost predhodne objave za pogodbe, katerih vrednost ne dosega pragov. Sodišče ob sprejetju sporočila še ni odločilo v teh dveh zadevah. Komisija je zato s tem, da je v sporočilu potrdila obveznost predhodne objave za vse oddaje tovrstnih javnih naročil (torej tako za neprednostne storitve kot za javna naročila majhne vrednosti), ustvarila nove pravne učinke.

58 Obveznosti, ki so naročnikom naložene v točkah 1.3. in 2.1.2. sporočila, naj bi bile, kot je na obravnavi trdila Republika Avstrija, v nasprotju z zgoraj v točki 42 navedeno sodbo SECAP, saj naj sporočilo ne bi upoštevalo zmožnosti naročnika, kakršna je določena v točki 32 navedene sodbe.

59 Republika Avstrija tudi meni, da določena mera obveščanja, ki zadostuje za odprtje trga storitev za konkurenco in nadzor nad nepristranskostjo postopkov oddaje, kakršni so razvidni iz zgoraj v točki 36 navedene sodbe Telaustria, ne pomeni nujno predhodne objave obvestila. Iz trenutnih del revizije direktiv o revizijskih postopkih na področju javnih naročil (glej dokument 2006/0066/COD in nove člene od 2d do 2f 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), ki so v njem predlagani) naj bi bilo razvidno, da lahko tudi naknadni sodni nadzor – brez predhodne objave javnega naročila – omogoča učinkovit nadzor nad nepristranskostjo postopka oddaje.

60 Poleg tega se Republika Avstrija, čeprav ni popolne dejanske in pravne simetrije med pravom javnih naročil in pravom državnih pomoči, sklicuje na pravilo *de minimis*, ki se uporablja v pravu državnih pomoči, v skladu s katerim pomoči pod določenimi pragovi ne morejo znatno vplivati na trgovino med državami članicami in ne izkrivljajo niti ne pomenijo nevarnosti izkrivljanja konkurence. Republika Avstrija meni, da ob primerjavi obeh primerov ni absurdno izhajati iz načela, da javna naročila pod pragovi niso dovolj pomembna za notranji trg, da bi jih bilo treba predhodno objaviti za zagotovitev konkurence. Državne pomoči namreč neposredno koristijo podjetjem, medtem ko so pragovi, ki se uporabljajo na področju javnih naročil, odvisni od vrednosti javnega naročila, korist podjetja (ki je s tega vidika primerljiva z državno pomočjo) pa v tem primeru znaša le majhen del navedene vrednosti.

61 Republika Avstrija se nazadnje opira na uvodno izjavo 19 Direktive 2004/18, iz katere je po njenem mnenju posredno razvidno, da je zakonodajalec Skupnosti menil, da ni treba, da se za javna naročila neprednostnih storitev (javna naročila II B) uporabijo vse zmogljivosti za povečano čezmejno trgovino. Edini razlog, s katerim je mogoče upravičiti to različno obravnavanje, je, da se javna naročila, za katera se zadevna direktiva ne uporablja v celoti, ne štejejo za dovolj pomembna za notranji trg, da bi upravičevala uporabo vseh zmogljivosti za povečano čezmejno trgovino, kar vključuje splošno obveznost predhodne objave obvestila o javnem naročilu.

62 Kraljevina Nizozemska trdi, da je Komisija podala razlago prava Skupnosti, ki se razteza onkraj sodne prakse, saj ustvarja popoln pravni sistem, ki državam članicam nalaga obveznost predhodne preglednosti vseh za vsa javna naročila iz sporočila, medtem ko se Sodišče o tem vprašanju še ni izreklo.

63 Kraljevina Nizozemska s sklicevanjem na načelo pravne varnosti tudi meni, da je treba vprašanje, ali sporočilo ustvarja nove obveznosti, presojati na podlagi sodne prakse, ki je bila znana ob sprejetju sporočila. Iz naknadne sodne prakse pa naj bi bilo razvidno tudi, da se je s sporočilom očitno prehitel razvoj sodne prakse.

Komisija

64 Komisija glede dejanske vsebine sporočila in zakonodajnih delov, na katere se sklicuje Zvezna republika Nemčija, in sicer zlasti glede izognitve pragovom za uporabo direktiv o javnih naročilih in obveznosti predhodne objave, izpodbija, da ti deli sporočila določajo nova pravna pravila. V skladu s členom 211 ES naj bi zgolj pojasnjevali določbe in načela Pogodbe ES, kot jih razlaga sodna praksa Sodišča.

65 Komisija izpodbija trditev Zvezne republike Nemčije in intervenientk, da v sporočilu ni upoštevana odločitev zakonodajalca, da se predvidijo določbe v zvezi z objavo le za javna naročila, ki dosegajo določene pragove. Komisija v zvezi s tem trdi, da čeprav se je zakonodajalcu zdelo potrebno določiti podrobna pravila zgolj za javna naročila nad pragovi za uporabo direktiv, je menil, da pod temi pragovi zadostuje uporaba določb in načel Pogodbe ES. S temi direktivami pa naj ne bi želel – niti ne bi mogel – izključiti uporabe teh določb in načel Pogodbe ES za javna naročila pod pragom.

66 To naj bi bilo razvidno iz sodne prakse Sodišča, zlasti pa iz zgoraj v točki 36 navedene sodbe Telaustria in zgoraj v točki 38 navedene sodbe Komisija proti Franciji. Komisija meni, da je Sodišče v zgoraj v točki 36 navedeni sodbi Telaustria ugotovilo, da so naročniki, ki sklepajo pogodbe, ki ne spadajo na področje uporabe direktiv o javnih naročilih, vseeno zavezani upoštevati splošna načela Pogodbe ES, predvsem pa načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva (zgoraj v točki 36 navedena sodba Telaustria, točka 60). To razlogovanje naj bi bilo namreč potrjeno s točko 33 zgoraj v točki 38 navedene sodbe Komisija proti Franciji. Prav tako naj bi Sodišče v zgoraj v točki 36 navedeni sodbi Coname potrdilo, da za pogodbe, ki ne spadajo na področje uporabe zadevne direktive, kot so koncesijske pogodbe, še vedno veljajo splošna pravila Pogodbe ES. Evropski zakonodajalec naj bi pri sprejemanju direktiv o javnih naročilih to sodno prakso upošteval v uvodni izjavi 9 Direktive 2004/17.

67 Komisija tudi meni, da je Sodišče opredelilo konkretno vsebino obveznosti preglednosti s tem, da je potrdilo, da morajo imeti podjetja s sedežem v drugi državi članici pred oddajo javnega naročila dostop do ustreznih informacij o tem javnem naročilu, tako da lahko po potrebi izkažejo interes za njegovo pridobitev (zgoraj v točki 36 navedena sodba Coname, točka 21).

b) Presoja Splošnega sodišča

68 Zvezna republika Nemčija in intervenientke trdijo, da točka 2.1.1. uvaja načelno obveznost držav članic, da predhodno objavijo vsa načrtovana javna naročila, kar naj bi pomenilo novo obveznost glede na načela Pogodbe ES.

69 Sporočilo v točki 2.1. glede pravil in načel Pogodbe ES (točka 1.1. sporočila), ki se uporabljajo za oddajo javnega naročila, pomembnega za notranji trg, določa temeljne standarde, ki se uporabljajo na področju obveščanja. Točka 2.1.1. je glede tega naslovljena „Obvezna zagotovitev ustreznega obveščanja“ in v njej je določeno:

„V skladu s [Sodiščem] načela enake obravnave in nediskriminacije pomenijo obveznost transparentnosti, ki vsebuje zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg storitev odpre za konkurenco v korist vsem potencialnim ponudnikom.

Obveznost transparentnosti zahteva, da ima podjetje s sedežem v drugi državi članici dostop do ustreznih informacij glede javnega naročila, preden se naročilo odda, tako da mu je, če to želi, omogočeno izraziti interes za pridobitev navedenega javnega naročila.

Komisija meni, da kontaktiranje nekaj potencialnih ponudnikov v tem pogledu ne bi bilo dovolj, tudi če naročnik vključi podjetja iz drugih držav članic ali poskuša zajeti vse potencialne dobavitelje. Tak selektivni pristop ne more izključiti diskriminacije potencialnih ponudnikov iz drugih držav članic, zlasti novih tekmecev na trgu. Enako velja za vse oblike ‚pasivnega‘ obveščanja javnosti, ko se naročnik vzdrži dejavnega obveščanja in odgovarja na vprašanja kandidatov, ki so se na lastno pobudo seznanili z nameravano oddajo naročila. Preprosti sklic na poročila medijev, parlamentarne ali politične razprave ali dogodke, kot so kongresi, prav tako ne bi pomenili ustreznega obveščanja.

Zato je edini način za izpolnitev zahtev [Sodišča] objava dovolj dostopnega obvestila pred oddajo naročila. Obvestilo mora objaviti naročnik z namenom odprtja oddaje naročila konkurenci."

70 Prvi in drugi odstavek točke 2.1.1. sporočila povzemata sodno prakso Sodišča v zgoraj v točki 36 navedenih sodbah Telaustria, Coname in Parking Brixen in ju ne izpodbija ne Zvezna republika Nemčija ne nobena intervenientka. Poleg tega ni bil med pisnim postopkom izpodbijan tretji odstavek točke 2.1.1. sporočila. V zadnjem odstavku točke 2.1.1. sporočila je navedeno, da obstaja obveznost zagotovitve ustreznega obveščanja, tako da se objavi dovolj dostopno obvestilo pred oddajo javnega naročila.

71 Zvezna republika Nemčija ob podpori intervenientk v bistvu trdi, da ta točka sporočila za javna naročila, za katere se uporablja, določa obveznost predhodne objave, ki nikakor ne izhaja iz načel in sodne prakse Sodišča, navedenih v tej točki. To naj bi tako pomenilo novo obveznost, s čimer je zadevno sporočilo postalo akt, ki ima zavezujoče pravne učinke, zoper katerega je mogoče vložiti ničnostno tožbo.

72 Zato je torej treba proučiti, ali sporočilo samo dodatno pojasnjuje to obveznost, ki za države članice izhaja iz temeljnih načel Pogodbe ES, ali določa nove obveznosti, kot trdijo Zvezna republika Nemčija in intervenientke.

73 V zvezi s tem je treba najprej poudariti, da se posebni in strogi postopki, ki jih določata skupnostni direktivi o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil, uporabljajo zgolj za pogodbe, katerih vrednost presega prag, ki je izrecno določen v vsaki od

navedenih direktiv (zgoraj v točki 38 navedena sklep Vestergaard, točka 19, in sodba Komisija proti Franciji, točka 33). Tako se pravila iz teh direktiv ne uporabljajo za naročila, katerih vrednost ne dosega praga, ki ga ti določata.

74 Vendar to še ne pomeni, da ta javna naročila ne spadajo na področje uporabe prava Skupnosti (zgoraj v točki 38 navedeni sklep Vestergaard, točka 19). Naročniki morajo namreč v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča, kar zadeva oddajo naročil, za katera se glede na njihovo vrednost ne uporabljajo postopki, določeni s predpisi Skupnosti, spoštovati temeljna načela Pogodbe ES (zgoraj v točki 38 navedena sklep Vestergaard, točka 20, in sodba Komisija proti Franciji, točka 32), zlasti načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 18. novembra 1999 v zadevi Unitron Scandinavia in 3-S, C-275/98, Recueil, str. I-8291, točka 29; zgoraj v točki 36 navedene sodbe Telaustria, točka 62; Coname, točka 16, in Parking Brixen, točka 46, in sodbo z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV, C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 18).

75 To potrjuje tudi uvodna izjava 9 Direktive 2004/17, v skladu s katero je „[z]a javna naročila, katerih vrednost je nižja od mejnega zneska za uporabo določb o usklajevanju na ravni Skupnosti, […] priporočljivo upoštevati sodno prakso Sodišča, po kateri se uporabljajo pravila in načela iz zgoraj navedenih Pogodb [in sicer načelo enakega obravnavanja, katerega posebni vidik je načelo prepovedi diskriminacije, načelo medsebojnega priznavanja, načelo sorazmernosti in obveznost preglednosti]“ ter uvodni izjavi 1 in 2 Direktive 2004/18, v katerih je navedeno, da se ta načela uporabljajo za oddajo vseh javnih naročil v državah članicah, ne glede na to, ali je njihova vrednost nižja ali višja od pragov.

76 Načelo enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva vključujeta, kot je Sodišče večkrat razsodilo, zlasti obveznost preglednosti, ki javnemu organu, ki oddaja naročilo, omogoča ugotoviti, ali sta bili ti načeli spoštovani (zgoraj v točki 74 navedena sodba Sodišča Unitron Scandinavia in 3-S, točka 31; zgoraj v točki 36 navedena sodba Telaustria, točka 61; sodba z dne 18. junija 2002 v zadevi HI, C-92/00, Recueil, str. I-5553, točka 45; zgoraj v točki 36 navedena sodba Parking Brixen, točka 49, in zgoraj v točki 74 navedena sodba ANAV, točka 21), to obveznost pa potrjuje tako uvodna izjava 9 Direktive 2004/17 kot uvodna izjava 2 Direktive 2004/18. Iz tega je razvidno, da morajo tako države članice kot njihovi naročniki spoštovati to obveznost preglednosti, kakor jo razlaga Sodišče, ob oddaji vseh javnih naročil.

77 Sodišče je dalje pojasnilo, da ta obveznost preglednosti, ki jo mora spoštovati naročnik, pomeni, da se vsakemu potencialnemu ponudniku zagotovi ustrezna stopnja obveščenosti, ki omogoča odprtost javnega naročila storitev za konkurenco in nadzor nad nepristranskostjo postopkov (zgoraj v točki 36 navedeni sodbi Telaustria, točka 62, in Parking Brixen, točka 49, ter zgoraj v točki 74 navedena sodba ANAV, točka 21).

78 Po mnenju Sodišča obveznost preglednosti, ki velja za naročnike, vključuje zlasti zahteve, na podlagi katerih bi lahko podjetje s sedežem na ozemlju druge države članice lahko imelo dostop do ustreznih informacij o zadevnem javnem naročilu, preden je to oddano, tako da bi imelo, če bi to želelo, možnost izkazati svoj interes za njegovo pridobitev (glej v tem smislu zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Coname, točka 21).

79 Iz te sodne prakse je razvidno, da obveznost preglednosti v smislu ustrezne objave vključuje neko vrsto obvestila pred oddajo zadevnega javnega naročila, z drugimi besedami, predhodno obvestilo. Zato in v nasprotju z argumentacijo Zvezne republike Nemčije in intervenientk sporočilo z navajanjem „dovolj dostopnega obvestila pred

oddajo naročila“ ni ustvarilo nove obveznosti za države članice, temveč se je zadovoljilo z opozarjanjem na obstoječo obveznost prava Skupnosti, ki velja za javna naročila, na katera se nanaša zadevno sporočilo, in o kateri je sodišče Skupnosti že podalo razlago.

80 To potrjuje tudi sodna praksa Sodišča po objavi sporočila, kot je Zvezna republika Nemčija priznala na obravnavi. V skladu s sodno prakso Sodišča se namreč po eni strani obveznosti glede enakega obravnavanja in preglednosti, ki izhajajo iz primarnega prava, uporabljajo za javna naročila, ki so sicer izključena s področja uporabe direktiv o javnih naročilih, pa imajo določen čezmejni interes (glej v tem smislu v zvezi z Direktivo Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1), in z javnim naročilom, katerega vrednost je pod pragom iz navedene direktive, sodbo Sodišča z dne 14. junija 2007 v zadevi Medipac-Kazantzidis, C-6/05, ZOdl., str. I-4557, točka 33; v zvezi z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1) in javnim naročilom II B, zgoraj v točki 57 navedeno sodbo Komisija proti Irski, točke 30, 31 in 32, in v zvezi z direktivami Sveta 92/50, 93/36, 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil gradenj (UL L 199, str. 54) ter z Direktivo Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84) sodbo Sodišča z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-412/04, ZOdl., str. I-619, točke 66, 81 in 82). Po drugi strani Sodišče meni, da z obvestilom *ex post* ni mogoče zagotoviti ustrezne objave v smislu sodne prakse v zgoraj v točki 36 navedenih sodbah Telaustria in Coname, kar pomeni, da obveznost preglednosti, ki izhaja iz načel Pogodbe ES, vključuje, da mora biti o javnem naročilu objavljeno obvestilo pred njegovo oddajo (zgoraj v točki 57 navedena sodba Komisija proti Irski, točki 30 in 32).

81 Ugotovitve, da obveznost predhodne objave iz točke 2.1.1. sporočila ne presega razlage temeljnih načel Pogodbe ES, ki jo je podalo Sodišče, različne trditve Zvezne republike Nemčije in intervenientk ne morejo ovreči.

82 Prvič, Zvezna republika Nemčija v bistvu trdi, da se zgoraj v točki 36 navedene sodbe Telaustria, Coname in Parking Brixen nanašajo na javna naročila za koncesije storitev, ki so, čeprav ne spadajo na področje uporabe direktiv o javnih naročilih, glede na svojo vrednost primerljiva z javnimi naročili, ki spadajo na področje uporabe navedenih direktiv, in da se torej sodna praksa v teh zadevah ne more uporabiti za javna naročila, na katera se nanaša sporočilo.

83 V zvezi s tem je treba poudariti, da je iz sodne prakse, na katero se Zvezna republika Nemčija opira za utemeljitev svoje trditve, razvidno, da je Sodišče glede koncesijskih pogodb že razsodilo, da čeprav oddaje take koncesije ne ureja nobena od direktiv o javnih naročilih, za take pogodbe še vedno veljajo splošna pravila Pogodbe ES (glej v tem smislu zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Coname, točka 16, ki je potrjena z zgoraj v točki 38 navedeno sodbo Komisija proti Franciji, točka 33). Ugotoviti je treba tudi, da v skladu s to sodno prakso obveznost preglednosti izhaja neposredno iz splošnih pravil navedene pogodbe in zlasti iz načela enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije (zgoraj v točki 36 navedeni sodbi Telaustria, točka 61, in Parking Brixen, točka 49) ter da navedena obveznost preglednosti sama vključuje obveznost predhodne objave (glej v tem smislu zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Coname, točka 21). Nasprotno pa okoliščina, da so javna naročila, na katera se nanašajo te sodbe, glede na svojo pomembnost primerljiva z javnimi naročili, za katera se uporabljata direktivi o javnih naročilih, ni v teh sodbah nikjer omenjena za utemeljitev obveznosti ustrezne, zlasti pa predhodne objave. Iz tega je razvidno, da je v nasprotju s tem, kar trdi Zvezna republika Nemčija, to sodno prakso mogoče uporabiti za javna naročila, na katera se nanaša sporočilo in za katera, kot je bilo že poudarjeno, velja tudi načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti, ki iz njega izhaja.

84 Poleg tega je treba poudariti, da to potrjuje tudi sodna praksa Sodišča po objavi sporočila. Sodišče se je namreč v točki 33 zgoraj v točki 80 navedene sodbe Medipac Kazantzidis v zvezi z javnim naročilom za gradnje sklicevalo na ustaljeno sodno prakso, v skladu s katero so naročniki, ki objavijo javno naročilo – pri čemer vrednost javnega naročila, ki je predmet javnega razpisa, ne dosega praga uporabe direktiv, s katerimi je zakonodajalec Skupnosti uredil področje javnih naročil, in čeprav torej zadevno javno naročilo ne spada na področje njihove uporabe – kljub temu zavezani spoštovati taka splošna načela prava Skupnosti, kot je načelo enakega obravnavanja in iz njega izhajajoča obveznost preglednosti, ter je v isti točki kot ustaljeno sodno prakso navedlo zgoraj v točki 36 navedene sodbe Telaustria, Coname in Parking Brixen. Sodišče je tako pravila glede sklepanja pogodb o koncesijah za javne službe razširilo na pravila za oddajo javnih naročil, katerih vrednost je pod pragi za uporabo direktiv (zgoraj v točki 80 navedena sodba Medipac-Kazantzidis, točka 33).

85 Drugič, glede trditve Zvezne republike Nemčije, povzete v točki 38 zgoraj, da se zgoraj v točki 38 navedena sklep Vestergaard in sodba Komisija proti Franciji nanašata le na načelo prepovedi diskriminacije in zato ne moreta upravičiti obveznosti predhodne objave, zadošča poudariti, da obveznost preglednosti, zlasti z ustreznim načinom objave, v skladu s sodno prakso iz točke 76 zgoraj izhaja prav iz načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva. Ker je iz teh odločb razvidno, da se temeljna pravila Pogodbe ES uporabljajo za vsa javna naročila, čeprav se nanje direktivi o javnih naročilih ne nanašata (zgoraj v točki 38 navedena sklep Vestergaard, točka 19, in sodba Komisija proti Franciji, točki 32 in 33), se je Komisija v sporočilu pravilno sklicevala na ta sklep in sodbo.

86 Tretjič, trditve, da je zakonodajalec Skupnosti z določitvijo pragov za uporabo direktiv o javnih naročilih jasno nakazal, da je treba pod temi vrednostmi načeloma

domnevati, da so učinki na notranji trg „negotovi ali posredni“ in sklepati, da ne obstaja interes tujih ponudnikov, prav tako ni mogoče sprejeti.

87 V zvezi s tem je treba pojasniti, da ni mogoče domnevati, da so samo zato, ker je javno naročilo pod pragom za uporabo direktiv o javnih naročilih, učinki navedenega naročila na notranji trg skoraj brez pomena. Tej trditvi nasprotuje sodna praksa, navedena zgoraj v točkah 73 in 74, v skladu s katero taka javna naročila niso izključena s področja uporabe prava Skupnosti. Če pa bi bilo mogoče *a priori* izključiti vsakršen vpliv navedenih javnih naročil na notranji trg, se pravo Skupnosti ne bi uporabilo.

88 Seveda je, kakor priznava Sodišče, povsem verjetno, da bi bilo zaradi posebnih okoliščin, kot je zelo skromen gospodarski interes, mogoče razumno trditi, da podjetja iz druge države članice, kot je država naročnika javnega naročila, navedeno javno naročilo ne bi zanimalo in da bi bilo učinke na zadevne temeljne svoboščine zato treba šteti za premalo gotove in posredne, da bi lahko sklepali o njihovi morebitni kršitvi (glej v tem smislu zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Coname, točka 20 in navedena sodna praksa). Vendar je lahko sklep o neobstoju kršitev temeljnih svoboščin le posledica presoje posebnih okoliščin vsakega posameznega primera in ne more temeljiti samo na dejstvu, da vrednost zadevnega javnega naročila ne presega določenega praga.

89 Tako je v točki 1.3. sporočila navedeno:

„Posamezni naročniki so odgovorni za sklep o tem, ali bo nameravana oddaja naročila morda zanimiva za gospodarske subjekte v drugih državah članicah. Po mnenju

Komisije mora sklep temeljiti na ovrednotenju individualnih okoliščin primera, kot so predmet naročila, njegova ocenjena vrednost, posebnosti zadevnega sektorja (velikost in sestava trga, poslovna praksa itd.) ter zemljepisna lega kraja izvedbe naročila. Če naročnik sklene, da je zadevno naročilo pomembno za notranji trg, ga mora oddati v skladu s temeljnimi standardi, ki izhajajo iz zakonodaje Skupnosti."

90 Četrtič, Zvezna republika Nemčija kljub temu meni, da navedeno sporočilo s tem, da od naročnikov zahteva, da v vsakem posameznem primeru presodijo pomen javnega naročila glede na skupni trg, da bi določili, ali velja obveznost predhodne objave iz točke 2.1.1. istega sporočila, ustvarja novo obveznost in ima tako zavezujoče pravne učinke.

91 V sodni praksi Sodišča pa je glede javnega naročila, ki ne spada na področje uporabe direktiv o javnih naročilih, že predvidena obveznost naročnika, da pod nadzorom pristojnih sodišč presodi posebnosti zadevnega javnega naročila z vidika ustreznosti načinov poziva h konkurenci (glej v tem smislu zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Parking Brixen, točki 49 in 50). Torej ni mogoče trditi, da točka 1.3. sporočila v povezavi s točko 2.1.1. ustvarja novo obveznost v breme držav članic.

92 Zvezna republika Nemčija in Republika Avstrija sta na obravnavi v zvezi s to točko dodali, da je specifična presoja, kot je predvidena v točki 1.3. sporočila, v nasprotju z zgoraj v točki 42 navedeno sodbo SECAP (točke od 30 do 32), ki naj bi določala abstraktno in splošno opredelitev pomembnosti javnega naročila za notranji trg.

93 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da točka 30 zgoraj v točki 42 navedene sodbe SECAP potrjuje sklep iz točke 91 zgoraj, da je načeloma dolžnost naročnika, da pred opredelitvijo pogojev javnega razpisa presodi morebitni čezmejni interes naročila, katerega ocenjena vrednost je nižja od praga, določenega v predpisih Skupnosti, pri čemer je ta presoja lahko predmet sodnega nadzora.

94 Poleg tega je treba poudariti, da ni protislovja med sporočilom, zlasti njegovo točko 1.3., in zgoraj v točki 42 navedeno sodbo SECAP. Sporočilo namreč ne izključuje možnosti, da neki predpis na nacionalni ali lokalni ravni določi objektivna merila glede obstoja čezmejnega interesa, kot je navedeno v točki 31 zgoraj v točki 42 navedene sodbe SECAP. Naročniki, ki uporabljajo tak nacionalni predpis, pa morajo vseeno spoštovati temeljna pravila Pogodbe ES ter načelo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva (zgoraj v točki 42 navedena sodba SECAP, točka 29).

95 Glede točke 32 zgoraj v točki 42 navedene sodbe SECAP je treba ugotoviti, da niti ta ni v nasprotju s točkama 1.3. in 2.1.2. sporočila. Navedena točka se namreč nanaša na samodejno izključitev nekaterih ponudb, ker so te neobičajno nizke, kljub obstoju čezmejnega interesa in se torej uporablja za drugo fazo oddaje javnih naročil, ki ni faza odločanja, ali je javno naročilo morda zanimivo za gospodarske subjekte v drugih državah članicah, določena v točki 1.3. sporočila, ali faza izbire najprimernejših načinov za obveščanje iz točke 2.1.2. sporočila. Vsekakor je treba poudariti, da navedeni točki sporočila ne izključujeta, da se upoštevajo upravne zmožnosti naročnika, in torej ne ustvarjata nove obveznosti v razmerju do držav članic in njihovih naročnikov.

96 Petič, v nasprotju s tem, kar trdi Zvezna republika Nemčija (glej točko 46 zgoraj), točka 2.1.2. sporočila, v kateri je navedeno, da je „[n]aloga naročnikov […], da izberejo

najprimernejši način za obveščanje o svojih naročilih," ni nezdružljiva s tem, da se z nacionalnim predpisom določijo splošna merila, ki veljajo za to izbiro, ob poudarku, da uporaba takih meril ne sme omajati spoštovanja temeljnih pravil Pogodbe ES, zlasti načela prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva. Kot je bilo namreč že poudarjeno v točki 91 zgoraj, javni organ, ki oddaja naročilo, pod nadzorom pristojnih sodišč presodi, ali načini poziva h konkurenci ustrezajo posebnim značilnostim zadevnega javnega naročila. Sporočilo torej v skladu s sodno prakso Sodišča prepušča skrb za določitev ustrezne stopnje in načina obveščenosti naročnikom (glej v tem smislu zgoraj v točki 36 navedeno sodbo Parking Brixen, točki 49 in 50). Tako sporočilo v točki 2.1.2. pravilno navaja, da je „naloga naročnikov […], da izberejo najprimernejši način za obveščanje o svojih naročilih". Torej sporočilo za naročnike ne ustvarja nove pravne obveznosti.

97 Poleg tega v odgovor na argumentacijo Republike Avstrije, ki temelji na primerjavi pragov za uporabo direktiv o javnih naročilih s pravilom *de minimis*, ki se uporablja za državne pomoči, zadošča opozoriti, da iz navedenih direktiv nikakor ne izhaja, da bi zadevni pragovi temeljili na podobnih ugotovitvah, kot so tiste, na katerih temelji pravilo *de minimis* s področja državnih pomoči.

98 Šestič, glede trditve Francoske republike, da sporočilo s točko 2.1.2. uvaja obveznost objave, ki naj bi zahtevala pisni medij za zagotovitev objave zadevnih javnih naročil, je treba poudariti, da temelji na napačni predpostavki. Nikjer v sporočilu ni namreč navedena obveznost objave v smislu pisnega medija za zagotovitev objave javnih naročil, na katera se nanaša. Po eni strani točka 2.1.3., prvi odstavek, sporočila opozarja na sodno prakso, v skladu s katero obveznost preglednosti ne pomeni nujno obveznosti

uradnega javnega razpisa (zgoraj v točki 36 navedena sodba Coname, točka 21). Na drugi strani je v točki 2.1.2., tretji odstavek, navedeno:

„Ustrezni in splošno uporabljeni načini objave vključujejo:

– Internet, […]“

Kot priznavajo tudi Zvezna republika Nemčija in intervenientke gre za primerjalen, in nikakor ne izčrpen seznam različnih ustreznih načinov objave.

99 Sedmič, glede trditve Zvezne republike Nemčije in Francoske republike, da je prepoved prakse vzpostavitve stikov z nekaj potencialnimi ponudniki, čeprav naročnik vključi podjetja iz drugih držav članic in poskuša zajeti vse potencialne dobavitelje v skladu z obveznostjo preglednosti, ki jo uvaja sporočilo (točka 2.1.1., tretji odstavek, sporočila), dejavnik, ki določa posebne obveznosti glede na načela Pogodbe ES, je treba poudariti, da se nanaša na del sporočila, ki ni bil nikoli izpodbijan v tožbi in intervencijskih vlogah. V zvezi s tem je treba poudariti, da čeprav člen 48(2) Poslovnika v nekaterih primerih dovoljuje predložitev novih dokaznih predlogov med sodnim postopkom, se ta določba nikakor ne more razlagati tako, kot da dovoljuje tožeči stranki, da pred Splošnim sodiščem navaja nove trditve in s tem spreminja predmet spora (glej sodbo Splošnega sodišča z dne 12. julija 2001 v zadevi Banatrading proti Svetu, T-3/99, Recueil, str. II-2123, točka 28 in navedena sodna praksa). Iz tega je razvidno, da zadevna trditev ni dopustna, saj razširja predmet spora z vključevanjem dela sporočila, na katerega se tožba ni nanašala.

100 Vsekakor je treba ugotoviti, da sporočilo te prakse ne prepoveduje absolutno in dokončno. Kot je določeno v točkah 2.2.2. in 2.1.3. sporočila imajo naročniki možnost, da omejijo število kandidatov, povabljenih k oddaji ponudbe, na primerno raven. Vendar sporočilo v zvezi s tem zahteva, da se spoštujeta načelo prepovedi diskriminacije in obveznost preglednosti (točka 2.2.2. sporočila) za zagotovitev ustrezne konkurence. Poleg tega Splošno sodišče meni, da zato, da bi bil mogoč nadzor nad nepristranskostjo postopkov, iz obveznosti preglednosti izhaja, da je potrebno aktivno širjenje s strani naročnikov, saj morajo naročniki presoditi ustreznost načinov poziva h konkurenci (zgoraj v točki 36 navedena sodba Parking Brixen, točka 50). Torej vsebina točke 2.1.1., tretji odstavek, sporočila, ki jo izpodbijata Zvezna republika Nemčija in Francoska republika, ne ustvarja posebnih obveznosti.

2. *Drugi očitek – določitev obveznosti objave (točka 2.2 sporočila)*

a) Trditve strank

Zvezna republika Nemčija

101 Zvezna republika Nemčija navaja, da obveznosti iz točke 2.2 sporočila precej presegajo to, kar je razvidno iz razlage temeljnih načel Pogodbe ES, kot jo je podalo Sodišče. Po mnenju Zvezne republike Nemčije je Komisija v točki 2.2 sporočila najprej

določila, da mora biti oddaja javnega naročila v skladu s temeljnimi načeli Pogodbe ES, da se zagotovijo pošteni konkurenčni pogoji za vse zainteresirane ponudnike, nato pa je iz te splošne obveznosti sklepala na nekatere konkretne obveznosti glede obveščanja o nameri oddaje javnega naročila.

102 Zvezna republika Nemčija med drugim navaja, da morajo države članice v skladu s točko 2.2 sporočila opisati predmet javnega naročila tako, da ga lahko vsi potencialni ponudniki razumejo enako, in hkrati zagotavljati enakopraven dostop za gospodarske subjekte iz vseh držav članic. Dalje, če zahtevajo, da ponudniki predložijo pisna dokazila, bi morali naročniki prav tako sprejeti dokumente, izdane v drugih državah članicah. Postavljeni roki bi morali biti dovolj dolgi, da bi se ponudnikom iz drugih držav članic omogočilo, da se jih držijo. Končno, postopek bi moral biti pregleden za vse udeležence. Ta katalog pravil naj bi bil dopolnjen s postopkovnimi določbami za vse države članice, ki želijo narediti omejen seznam kandidatov, povabljenih k oddaji ponudbe za nameravano javno naročilo (točka 2.2.2 sporočila), in pravili, ki se uporabljajo za odločitev o oddaji naročila (točka 2.2.3 sporočila).

103 Medtem ko bi lahko obveznost nediskriminatornega opisa predmeta javnega naročila iz prve alinee kataloga iz točke 2.2.1 sporočila morebiti izhajala iz sodne prakse Sodišča, in sicer zgoraj v točki 38 navedenega sklepa Vestergaard (točka 24), pa naj bi druge obveznosti iz točke 2.2.1 sporočila vključevale konkretna navodila, ki naj ne bi izhajala iz pozitivnega prava Skupnosti. To naj bi potrjevala trditev Komisije, da zgoraj navedena načela v praksi zagotavljajo spoštovanje temeljnih načel Pogodbe ES (točka 1.2. sporočila). Torej naj ne bi šlo za opis sodne prakse Sodišča, temveč za nova pravila oddaje javnih naročil. Zvezna republika Nemčija tako v bistvu izpodbija

številna pravila, navedena v točki 2.2.1 sporočila, ki po njenem mnenju uvajajo nove obveznosti.

Intervenientke

104 Glede določitve obveznosti objave iz točke 2.2. sporočila Republika Avstrija navaja, da je cilj nekaterih vidikov, ki so v njem obravnavani – na primer zahteva po dovolj dolgih rokih in število kandidatov, vpisanih na omejen seznam, ko gre za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta ali so samo delno zajeta v direktivah o javnih naročilih – tudi uvajanje novih zavezujočih pravnih učinkov. O teh obveznostih pa ni mogoče sklepati iz sodne prakse Sodišča.

105 Parlament se pridružuje predlogom Zvezne republike Nemčije glede točke 2.2 sporočila, vendar vztraja pri nekaterih dodatnih vidikih in tako podkrepljuje utemeljitve Zvezne republike Nemčije. Po mnenju Parlamenta Komisija v tej točki določa podrobna pravila o vsebini in roku za javni razpis, o morebitnem predizbirnem postopku in sodnem varstvu.

106 Republika Poljska poudarja, da se Komisija ob določanju podrobnih pravil o objavi in njihovi vsebini ter celo z določanjem pravil glede postopkovnih rokov na področju oddaje javnih naročil, v utemeljitev svojega stališča ne sklicuje na nobeno sodbo Sodišča. Po mnenju Komisije naj bi sporočilo rabilo za razlago sodne prakse Sodišča v zvezi s tem. To naj bi pojasnilo, zakaj naj izjava Komisije, da sporočilo povzema sodno prakso, ne bi bila podkrepljena z njegovo vsebino.

Komisija

107 Komisija oporeka trditvam Zvezne republike Nemčije in intervenientk v zvezi z merili, določenimi v točki 2.2.1. sporočila. Meni, da so načela enakopravnega dostopa za gospodarske subjekte iz vseh držav članic, vzajemnega priznavanja diplom, potrdil in drugih dokazil o uradni usposobljenosti, zahteve po ustreznih rokih ter o preglednem in objektivnem dostopu načela, ki izhajajo iz Pogodbe ES. Nikakor naj ne bi šlo za nova pravila o oddaji javnih naročil, temveč za prenos splošnih pravil prava Skupnosti na področje javnih naročil.

b) Presoja Splošnega sodišča

108 Predmet točke 2.2. sporočila je „oddaja naročil".

109 V zvezi s tem točka 2.2.1. sporočila določa:

„Načela

[Sodišče] je v sodbi Telaustria navedlo, da obveznost transparentnosti vsebuje zagotovitev določene mere obveščanja, ki zadostuje, da se trg storitev odpre za

konkurenco in se revidira nepristranskost postopkov v korist vsem potencialnim ponudnikom. Z obveznostjo zagotovitve transparentnega obveščanja je nujno povezano jamstvo za pošten in nepristranski postopek.

Iz tega sledi, da mora biti oddaja v skladu s pravili in načeli Pogodbe ES, da se zagotovijo pošteni konkurenčni pogoji za vse gospodarske subjekte, ki se zanimajo za naročilo. Za najboljšo uresničitev v praksi je potrebno naslednje:

– Nediskriminatorni opis predmeta javnega naročila

Opis značilnosti, zahtevanih za proizvod ali storitev, ne sme navajati posebne znamke, vira, določenega postopka ali blagovnih znamk, patentov, tipov ali posebnega porekla ali proizvodnje, razen če tako navedbo upravičuje predmet naročila in je opremljena z besedami ‚ali enakovredni'. Vsekakor bi bilo bolje uporabiti bolj splošne opise izvedbe ali funkcij.

– Enakopraven dostop za gospodarske subjekte iz vseh držav članic

Naročniki ne smejo postavljati pogojev, ki povzročajo neposredno ali posredno diskriminacijo potencialnih ponudnikov v drugih državah članicah, kot so na

primer zahteve, da morajo biti podjetja, ki se zanimajo za naročilo, ustanovljena v isti državi članici ali regiji kot naročnik.

– Vzajemno priznavanje diplom, potrdil in drugih dokazil o uradni usposobljenosti

Če se od kandidatov zahteva, da predložijo potrdila, diplome ali druge oblike pisnih dokazil, je treba dokumente drugih držav članic z enako stopnjo zagotovila sprejeti v skladu z načelom vzajemnega priznavanja diplom, potrdil in drugih dokazil o uradni usposobljenosti.

– Ustrezni roki

Roki za izražanje interesa in predložitev ponudb morajo biti dovolj dolgi, da se podjetjem iz drugih držav članic omogoči smiselna ocena in priprava ponudbe.

– Transparenten in objektiven pristop

Vsi udeleženci morajo imeti možnost vnaprej izvedeti veljavna pravila in morajo biti gotovi, da ta pravila veljajo za vse enako.“

Uvodne ugotovitve

110 Najprej je treba ugotoviti, da argumentacija Zvezne republike Nemčije temelji na predpostavki, da za javna naročila, na katera se nanaša sporočilo, ne velja nobena splošna obveznost preglednosti, ki izhaja iz prava Skupnosti. Vendar je treba ugotoviti, da je – kot je bilo poudarjeno zgoraj (glej točke od 68 do 100) – ta predpostavka napačna.

111 Splošno sodišče dalje opaža, da je namen točke 2.2.1. sporočila zagotoviti po eni strani obveznost objave iz točke 2.1. sporočila in po drugi strani oddajo javnih naročil ob upoštevanju pravil in načel Pogodbe ES. V ta namen se sporočilo opira na sodno prakso Sodišča, v skladu s katero je pri postopku oddaje javnega naročila treba v vseh fazah, zlasti pri izbiri kandidatov v okviru omejenega postopka, spoštovati tako načelo enakega obravnavanja vseh potencialnih ponudnikov kot tudi obveznost preglednosti, tako da imajo vsi enake možnosti pri oblikovanju pogojev v svojih prijavah za sodelovanje ali ponudbah (glej v tem smislu glede faze primerjave ponudb sodbi Sodišča z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji, C-87/94, Recueil, str. I-2043, točka 54, in z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi, C-470/99, Recueil, str. I-11617, točka 93).

112 Poleg tega je treba poudariti, da se z načelom enakega obravnavanja, katerega posebni izraz sta člena 43 ES in 49 ES, v skladu s sodno prakso Sodišča ne prepoveduje samo očitna diskriminacija na podlagi državljanstva, ampak tudi vse prikrite oblike diskriminacije, ki z uporabo drugih razlikovalnih meril dejansko pripeljejo do istega rezultata (sodbi Sodišča z dne 29. oktobra 1980 v zadevi Boussac Saint Frères, 22/80, Recueil, str. 3427, točka 7, in z dne 5. decembra 1989 v zadevi Komisija proti Italiji, C-3/88, Recueil, str. 4035, točka 8), tako da so javna naročila v več državah članicah dostopna za vse podjetnike Skupnosti. Nazadnje je Sodišče sprejelo načelo enakosti obravnavanja naročnikov (sodba Sodišča z dne 22. junija 1993 v zadevi Komisija proti

Danski, C-243/89, Recueil, str. I-3353, točka 23, in zgoraj v točki 111 navedena sodba Komisija proti Belgiji, točka 51). Zato je treba pravila v točki 2.2.1. sporočila analizirati ob upoštevanju zgoraj navedenega.

Točka 2.2.1. sporočila

– Prva alinea točke 2.2.1. sporočila

113 Prva alinea točke 2.2.1. sporočila določa nediskriminatorni opis predmeta javnega naročila. Ugotoviti je treba, kot priznava sama Zvezna republika Nemčija, da je ta zahteva razvidna že iz v točki 38 zgoraj navedenega sklepa Vestergaard. Za oddajo javnega naročila namreč ta cilj izhaja iz načela enakega obravnavanja, katerega posebni izraz so temeljne svoboščine. Tako je Sodišče v sodni praksi ugotovilo, da je treba zakonitost določila, vsebovanega v razpisni dokumentaciji javnega naročila, ki ne dosega praga Direktive 93/37 in torej ne spada na področje uporabe te direktive, presojati glede na temeljna pravila Pogodbe ES, katerih del je prosti pretok blaga, določen v členu 28 ES (zgoraj v točki 38 navedeni sklep Vestergaard, točka 21).

114 Glede razlage iz prve alinee točke 2.2.1. sporočila Splošno sodišče ugotavlja, da v skladu s sodno prakso na področju javnih naročil blaga, dejstvo, da opisu proizvoda

v razpisni dokumentaciji ni dodana opomba „ali enakovredni“, lahko ne samo odvrača gospodarske subjekte, ki uporabljajo podobne sisteme za ta proizvod, od oddaje ponudbo na javnem razpisu, temveč tudi v nasprotju s členom 28 ES ovira uvoz v trgovini znotraj Skupnosti, tako da javno naročilo pridrži za naročnike, ki nameravajo uporabljati posebej določeni proizvod (sodbi Sodišča z dne 22. septembra 1988 v zadevi Komisija proti Irski, 45/87, Recueil, str. 4929, točka 22, in z dne 24. januarja 1995 v zadevi Komisija proti Nizozemski, C-359/93, Recueil, str. I-157, točka 27, ter zgoraj v točki 38 navedeni sklep Vestergaard, točka 24).

115 Zato vsebina prve alinee točke 2.2.1. sporočila ustreza temu, kako Sodišče razlaga temeljna načela Pogodbe ES.

– Druga alinea 2.2.1. sporočila

116 V zvezi z drugo alineo točke 2.2.1. sporočila, in sicer enakopravnim dostopom za gospodarske subjekte iz vseh držav članic, Splošno sodišče meni, da ta cilj, ki naj bi vsem gospodarskim subjektom ne glede na njihov izvor zagotavljal enakopraven dostop do predlaganih javnih naročil, izhaja iz spoštovanja načel svobode ustanavljanja in opravljanja storitev ter svobodne konkurence (glej v tem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja k sodbi Sodišča z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi, C-44/96, Recueil, str. I-73, I-77, točka 47, povzete v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca J. Mischoja k sodbi Sodišča z dne 1. februarja 2001 v zadevi Komisija proti Franciji, C-237/99, Recueil, str. I-939, I-941, točka 49) in zlasti iz načela enakega obravnavanja (glej točko 112 zgoraj) v njegovem izrazu načela prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva, ki ga določa člen 12 ES.

117 Samoumevno je, da načelo prepovedi diskriminacije prepoveduje naročniku postavitev pogoja, ki povzroči neposredno ali posredno diskriminacijo, kot to določa druga alinea točke 2.2.1. sporočila. V skladu s sodno prakso Sodišča je treba s splošnimi pogoji razpisne dokumentacije spoštovati vse upoštevne določbe prava Skupnosti, zlasti prepovedi, ki izhajajo iz načel, določenih v Pogodbi ES na področju pravice do ustanavljanja in svobode opravljanja storitev ter iz načela prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 9. julija 1987 v združenih zadevah CEI in Bellini, od 27/86 do 29/86, Recueil, str. 3347, točka 15, in z dne 20. septembra 1988 v zadevi Beentjes, 31/87, Recueil, str. 4635, točki 29 in 30).

118 Zato načelo enakega obravnavanja ponudnikov pokriva vsebino prve in druge alinee točke 2.2.1. sporočila.

– Tretja alinea točke 2.2.1. sporočila

119 Tretja alinea točke 2.2.1. sporočila uvaja načelo vzajemnega priznavanja, ki omogoča zagotavljanje prostega pretoka blaga in storitev, ne da bi bilo treba uskladiti nacionalne zakonodaje držav članic (sodba Sodišča z dne 20. februarja 1979 v zadevi Rewe-Zentral, 120/78, Recueil, str. 649). Glede tega je treba spomniti, da morajo organi države članice upoštevati vse diplome, potrdila in druga dokazila o uradni usposobljenosti ter ustrezne izkušnje interesenta, tako da primerjajo po eni strani sposobnosti, ki jih potrjujejo ta dokazila, in po drugi strani znanje in kvalifikacije, ki se zahtevajo v skladu z nacionalno zakonodajo (glej po analogiji zlasti glede dostopa do poklicev sodbe Sodišča z dne 7. maja 1991 v zadevi Vlassopoulou, C-340/89, Recueil, str. I-2357, točke 16, 19 in 20; z dne 9. februarja 1994 v zadevi Haim, C-319/92, Recueil, str. I-425, točki 27 in 28; z dne 14. septembra 2000 v zadevi Hocsman,

C-238/98, Recueil, str. I-6623, točka 23, in z dne 22. januarja 2002 v zadevi Dreessen, C-31/00, Recueil, str. I-663, točka 24).

120 Sodišče je poudarilo, da je ta sodna praksa le sodni izraz načela temeljnih svoboščin iz Pogodbe ES in da to načelo ne more izgubiti dela pravne vrednosti zaradi sprejetja direktiv, ki se nanašajo na vzajemno priznavanje diplom (zgoraj v točki 119 navedeni sodbi Hocsman, točki 24 in 31, in Dreessen, točka 25), ter da iz tega sledi, da morajo države članice spoštovati svoje obveznosti na področju vzajemnega priznavanja, kot izhajajo iz razlage členov 43 ES in 47 ES, ki jo je podalo Sodišče (glej po analogiji zlasti glede dostopa do poklicev zgoraj v točki 119 navedeno sodbo Dreessen, točka 27 in navedena sodna praksa). V zvezi s tem je Sodišče že presodilo, da mora vzajemno priznavanje nacionalnim organom omogočiti, da se objektivno prepričajo, da tuja diploma potrjuje, da ima imetnik diplome vsaj enakovredne, če že ne enake znanje in kvalifikacije kot tiste, ki jih potrjuje nacionalna diploma (glej v tem smislu sodbo Sodišča z dne 15. oktobra 1987 v zadevi Heylens in drugi, 222/86, Recueil, str. 4097, točka 13).

121 Iz tega sledi, da cilj iz tretje alinee točke 2.2.1. sporočila ne uvaja novih obveznosti za države članice.

– Četrta alinea točke 2.2.1. sporočila

122 V zvezi z zahtevo po ustreznih rokih, s katerimi se podjetjem iz drugih držav članic omogoči smiselna ocena in priprava ponudbe, je treba spomniti, da morajo naročniki spoštovati načelo svobode opravljanja storitev in načelo prepovedi diskriminacije, katerih cilj je varstvo interesov gospodarskih subjektov s sedežem v eni državi članici, ki

želijo ponujati blago ali storitve naročnikom s sedežem v drugi državi članici (sodba Sodišča z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge, C-380/98, Recueil, str. I-8035, točka 16; zgoraj v točki 116 navedena sodba Komisija proti Franciji z dne 1. februarja 2001, točka 41; zgoraj v točki 76 navedena sodba HI, točka 43, in zgoraj v točki 111 navedena sodba Universale Bau in drugi, točka 51). Njihov cilj je izključiti tveganje, da bi naročniki med oddajo naročila dajali prednost nacionalnim ponudnikom ali kandidatom (glej v tem smislu zgoraj v točki 111 navedeno sodbo Universale Bau in drugi, točka 52 in navedena sodna praksa).

123 Zato cilj četrte alinee točke 2.2.1. sporočila, s katerim naj bi se izključilo, da bi naročnik na podlagi rokov, postavljenih ponudnikom, lahko preprečil udeležbo gospodarskega subjekta s sedežem v drugi državi članici, izhaja iz načel Pogodbe ES, kar pomeni, da niti ta del sporočila ne uvaja novih obveznosti.

– Peta alinea točke 2.2.1. sporočila

124 V zvezi z vsebino pete alinee točke 2.2.1. sporočila Splošno sodišče meni, kot je že poudarilo Sodišče, da je cilj zagotovitve spoštovanja načela enakega obravnavanja ponudnikov in načela preglednosti ravno obvestiti vse potencialne ponudnike pred pripravo ponudb o merilih za oddajo, ki jim morajo ustrezati te ponudbe, in o relativni pomembnosti teh meril (v zvezi z določbo člena 27(2) Direktive Sveta 90/531/EGS z dne 17. septembra 1990 glede oddaje javnih naročil v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju telekomunikacij (UL L 297, str. 1), ki je v bistve-

nem enaka določbi člena 30(2) Direktive 93/37, glej zgoraj v točki 111 navedeni sodbi Komisija proti Belgiji, točki 88 in 89, in Universale Bau in drugi, točka 99). Tako je namen pete alinee točke 2.2.1. sporočila zagotovitev, da imajo vsi potencialni ponudniki enake možnosti pri oblikovanju pogojev svoje prijave za sodelovanje ali ponudbe, v skladu s sodno prakso Sodišča.

125 Ob upoštevanju navedenega Splošno sodišče meni, da so načini za dosego pravičnih pogojev konkurence, ki so določeni v več alineah točke 2.2.1. sporočila, namenjeni tako spoštovanju načela enakega obravnavanja potencialnih ponudnikov in obveznosti preglednosti kakor tudi spoštovanju svobodnega opravljanja storitev med oddajo javnega naročila v skladu s sodno prakso Sodišča (zgoraj v točki 111 navedeni sodbi Komisija proti Belgiji, točka 54, in Universale Bau in drugi, točka 93) in torej ne uvajajo novih obveznosti.

Točka 2.2.2. sporočila

126 Točka 2.2.2. sporočila določa:

„Omejitev glede števila kandidatov, povabljenih k oddaji ponudbe

Naročniki lahko sprejmejo ukrepe za omejitev števila kandidatov na primerno raven, če to storijo na transparenten in nediskriminatoren način. Uporabijo lahko na primer objektivne dejavnike, kot so izkušnje kandidatov v zadevnem sektorju, velikost in

infrastruktura njihovega podjetja, njihove tehnične in profesionalne sposobnosti ali druge dejavnike. Lahko se odločijo celo za žrebanje, bodisi izključno bodisi v povezavi z drugimi merili za izbor. Vsekakor se pri številu kandidatov na ožjem seznamu upošteva potreba za zagotovitev ustrezne konkurence.

Naročniki si lahko zamislijo tudi sisteme ugotavljanja usposobljenosti, pri katerih se seznam usposobljenih subjektov sestavi s pomočjo dovolj transparentnega in odprtega postopka, o katerem je bilo dovolj obvestil. Pozneje, ob oddaji posameznih naročil, ki spadajo v sistem, lahko naročnik s seznama usposobljenih subjektov na nediskriminatorni osnovi (npr. po načelu rotacije) izbere subjekte, ki bodo povabljeni k oddaji ponudbe."

127 Točka 2.2.2. sporočila se nanaša na omejitev števila kandidatov, povabljenih k oddaji ponudbe, na ustrezno raven in naročnikom dopušča kot primer nekatera podrobna pravila in možnosti, če jih izvajajo pregledno in nediskriminatorno in s ciljem zagotovitve zadostne konkurence. S to točko sporočila se zlasti zahteva uporaba objektivnih meril ter dovolj preglednega in odprtega postopka, ki bo predmet ustrezne objave.

128 Glede tega je treba ugotoviti, da so te zahteve popolnoma združljive z načeli Pogodbe ES in sodno prakso Sodišča. Izhajajo zlasti iz sodne prakse Sodišča, v skladu s katero je pri postopku oddaje javnih naročil treba v vseh fazah, predvsem pri izbiri kandidatov v okviru omejenega postopka, spoštovati tako načelo enakega obravnavanja vseh potencialnih ponudnikov kot tudi obveznost preglednosti, tako da imajo vsi enake možnosti pri oblikovanju pogojev v svojih prijavah za sodelovanje ali ponudbah (glej

v tem smislu glede faze primerjave ponudb zgoraj v točki 111 navedeni sodbi Komisija proti Belgiji točka 54, in Universale Bau in drugi, točka 93).

Točka 2.2.3. sporočila

129 V točki 2.2.3. sporočila je navedeno:

„Odločitev o oddaji naročila

Pomembno je, da je končna odločitev o oddaji naročila v skladu s postopkovnimi pravili, določenimi na začetku, in da se v celoti spoštujejo načela nediskriminacije in enake obravnave. To je zlasti pomembno za postopke, ki določajo pogajanja s ponudniki na ožjem seznamu. Taka pogajanja je treba organizirati tako, da imajo vsi ponudniki dostop do enake količine informacij in so izključene kakršne koli neupravičene prednosti določenega ponudnika."

130 Točka 2.2.3. sporočila določa, da je treba pri končni odločitvi oddaje javnega naročila spoštovati načeli prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja. Ta cilj in njegova vsebina ne presegata tega, kar določajo načela, na katera se opira ta točka.

131 Iz navedenega izhaja, da je namen kataloga pravil v točki 2.2. sporočila glede oddaje javnega naročila v skladu s sodno prakso Sodišča zagotoviti spoštovanje načela enakega obravnavanja potencialnih ponudnikov, obveznosti preglednosti in načel svobodnega opravljanja storitev (zgoraj v točki 111 navedeni sodbi Komisija proti Belgiji, točka 54, in Universale Bau in drugi, točka 93) ter svobodne konkurence (zgoraj v točki 116 navedena sodba Komisija proti Franciji z dne 1. februarja 2001, točka 49) in torej ne uvaja novih obveznosti, ki bi bile lahko predmet ničnostne tožbe.

3. *Tretji očitek – izjeme od predhodne objave (točka 2.1.4. sporočila)*

a) Trditve strank

132 Zvezna republika Nemčija navaja, da je Komisija s tem, da je v točki 2.1.4 sporočila ureditev izjem, ki je v direktivah o javnih naročilih predvidena za javna naročila, ki se oddajo po postopku s pogajanji, prenesla na naročila, katerih vrednost je nižja od pragov za uporabo, ustvarila nove pravne obveznosti, čeprav je uporaba izjem, določenih v direktivah o javnih naročilih, pogojena s preseganjem navedenih pragov za uporabo.

133 Poleg tega Zvezna republika Nemčija izpodbija trditev Komisije, da je z razširitvijo izjem od obveznosti obvestila, ki so določene v direktivah o javnih naročilih, na tista

javna naročila, ki ne spadajo na področje uporabe teh direktiv, le ravnala po dopustni analogiji, ki upravičuje to razlago temeljnih načel Pogodbe ES. Po mnenju Zvezne republike Nemčije bi bila namreč ta analogija dopustna le, če bi šlo za zakonsko praznino, ki pa je v obravnavanem primeru ni, saj naj bi zakonodajalec z določitvijo pragov izrecno odločil, da za nekatera javna naročila te obveznosti objave ne veljajo.

134 Zvezna republika Nemčija je na obravnavi pojasnila, da so po njenem mnenju izjeme, ki so določene v točki 2.1.4. sporočila, izključne in da zato druge izjeme niso mogoče. Sporočilo naj bi torej vsebovalo zelo ozek in izključen koncept mogočih izjem in bilo s tem v nasprotju z ustaljeno sodno prakso Sodišča na področju temeljnih svoboščin, kot je možnost utemeljitve različnega obravnavanja s sklicevanjem na objektivne okoliščine. V povezavi s točko 2.1.1. naj bi sporočilo tako uvedlo brezpogojno obveznost predhodne objave in izključilo vsako drugo obliko zagotavljanja preglednosti.

135 Po mnenju Zvezne republike Nemčije je v besedilu točke 2.1.4. sporočila, zlasti v zadnjem stavku, jasno vzpostavljena zveza z izjemami iz direktiv o javnih naročilih in s tem so izjeme od obveznosti predhodne objave omejene na te izjeme. Tako naj bi sporočilo izključilo druge izjeme, ki imajo izvor v primarnem pravu. Takšno izključujoče pojmovanje izjem naj bi bilo v nasprotju z zgoraj v točki 42 navedeno sodbo SECAP, v kateri naj bi bilo določeno, da se lahko upoštevajo tudi druge izjeme.

136 V zvezi z izjemami od načela predhodne objave, ki so določene v točki 2.1.4. sporočila, Parlament navaja, da Komisija razširja izjeme, ki jih določajo direktive o javnih naročilih v zvezi s postopki oddaje javnega naročila po postopku s pogajanji, katerega vrednost je nižja od praga za uporabo teh direktiv. V tem primeru naj bi bilo še posebej jasno, da je Komisija v svojem sporočilu določila avtonomna pravila za javna naročila, ne da bi upoštevala dejstvo, da osnovni pogoji za tako analogijo – to je

zakonodajalčeva nenamerna opustitev, ki je zunaj področja uporabe direktiv o javnih naročilih – v obravnavanem primeru niso bili izpolnjeni.

137 Komisija navaja, da je v sporočilu predlagana analogija – ki je v tem, da se izjeme od obveznosti predhodne objave, ki so določene v direktivah o javnih naročilih, razširijo na javna naročila, na katera se ti direktivi ne nanašata – le razlaga temeljnih načel Pogodbe ES, ki jo je predlagala Komisija, in ne določa pravnega pravila. Komisija poleg tega meni, da točka 2.1.4. sporočila ni restriktivna, temveč so – nasprotno – v njej le neizčrpno navedene najpomembnejše izjeme. Komisija naj s stališčem glede vprašanja o uporabi izjem od obveznosti predhodne objave, ki so določene v direktivah o javnih naročilih, za naročila, na katera se nanaša sporočilo, ne bi hotela sprejeti stališča, da nobena druga izjema od obveznosti predhodne objave, ki bi lahko bila v skladu z zgoraj navedenimi načeli, ni dopustna.

b) Presoja Splošnega sodišča

138 Točka 2.1.4. sporočila se v skladu z naslovom uporablja za „postopke brez predhodne objave obvestila“. V tej točki je določeno:

„Direktivi o javnih naročilih vsebujeta posebna izjeme, ki pod določenimi pogoji omogočajo postopke brez predhodne objave obvestila. Najpomembnejši primeri zadevajo izredno nujne situacije, ki so nastale zaradi nepredvidljivih dogodkov, in naročila, ki jih lahko iz tehničnih ali umetniških razlogov ali razlogov, povezanih z varstvom izključnih pravic, izvede samo točno določen gospodarski subjekt.

Po mnenju Komisije se lahko za oddajo naročil, ki niso zajeta v direktivah, uporabijo ustrezne izjeme. Zato lahko naročniki taka javna naročila oddajo brez objave predhodnega obvestila, če izpolnjujejo pogoje iz direktiv za eno od odstopanj."

139 Splošno sodišče v nasprotju s tem, kar navaja Zvezna republika Nemčija, najprej meni, da točka 2.1.4. sporočila nikjer ne izključuje možnosti obstoja drugih izjem od obveznosti predhodne objave. Kot je med drugim navedeno v točkah 1.1. in 1.2. sporočila, so namreč države članice in naročniki iz držav članic dolžni spoštovati pravila in načela, ki so določena v Pogodbi ES. Če torej ta pravila in načela določajo izjeme od obveznosti predhodne objave, se lahko države članice ali naročniki iz držav članic, ki oddajajo javno naročilo, na katero se nanaša sporočilo, na te izjeme utemeljeno sklicujejo.

140 V zvezi s tem je treba zlasti opozoriti, da če se država članica ali naročnik lahko sklicuje na določbo Pogodbe ES, ki na splošno izključuje uporabo primarnega prava – kot je člen 86(2) ES ali člena 296 ES in 297 ES – ali če se lahko uporabi utemeljitveni razlog, ki je izrecno določen v navedeni pogodbi (na primer javni red in zdravje, ki izhajata iz členov 46 ES in 55 ES, in javna oblast, ki izhaja iz členov 45 ES in 55 ES), ali če so izpolnjeni pogoji za utemeljitveni razlog, ki je priznan na podlagi sodne prakse (glej glede nujnega razloga javnega interesa sodbo Sodišča z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Španiji, C-158/03, neobjavljena v ZOdl., točka 35 in navedena sodna praksa), potem načela Pogodbe ES niso kršena. Zato v takih primerih obveznost objave ne velja za oddajo javnega naročila.

141 Poleg tega je treba poudariti, da je namen točke 2.1.4. sporočila le v tem, da se naročnikom omogoči sklicevanje na izjeme od obveznosti objave, ki so določene v direktivah o javnih naročilih, ob upoštevanju pogojev za to sklicevanje, ki so določeni v navedenih direktivah, in to kljub temu, da te direktive ne veljajo za javna naročila, na

katera se nanaša sporočilo. Kot je navedeno v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa k sodbi Sodišča z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Italiji (C-525/03, ZOdl., str. I-9405, I-9407, točke od 46 do 49) obveznost objave ni podana, če je izjema od direktiv o javnih naročilih izrecno dovoljena, če so pogoji za to izjemo izpolnjeni in je torej postopek s pogajanji brez predhodne objave upravičen. Zato na podlagi načel, ki izhajajo iz Pogodbe ES, ne more biti naložena obveznost objave, če direktive izrecno določajo izjemo, saj sicer ta izjema ne bi imela smisla (glej v tem smislu tudi zgoraj v točki 36 navedene sklepne predloge generalne pravobranilke C. Stix Hackl k sodbi Coname, ZOdl., str. I-7289, točka 93).

142 Iz navedenega je razvidno, da je točka 2.1.4. sporočila, ki državam članicam nikakor ne nalaga novih obveznosti, za države članice ugodna, ker jim omogoča – če so pogoji za njeno uporabo izpolnjeni – da ne spoštujejo obveznosti predhodne objave.

143 V zvezi z utemeljitvijo Zvezne republike Nemčije, ki se nanaša na v točki 42 zgoraj navedeno sodbo SECAP (glej točko 135 zgoraj), je treba ugotoviti, da ta utemeljitev temelji na napačni predpostavki, saj točka 2.1.4. sporočila ne izključuje drugih izjem.

4. *Četrti očitek – postopek zaradi neizpolnitve obveznosti (točka 1.3. sporočila)*

a) Trditve strank

144 Zvezna republika Nemčija ob podpori intervenientk nazadnje navaja, da napoved Komisije v točki 1.3. sporočila, da bo uvedla postopek za ugotavljanje kršitev, če se

postopek, ki je določen, ne bo spoštoval, kaže, da je namen tega besedila naložitev obveznosti državam članicam. To naj bi potrjeval tudi postopek za ugotavljanje kršitev št. 2005/4043, ki je bil uveden proti Zvezni republiki Nemčiji v zvezi z oddajo javnega naročila II B, ki ni bilo predhodno objavljeno – v njem naj bi bilo sporočilo navedeno tako, kot da bi šlo za dopolnilno pravno podlago. Poleg tega naj bi Komisija že uvedla postopke za ugotavljanje kršitev proti nekaterim državam članicam, da bi se načela, ki so odslej določena v sporočilu, uporabila za javna naročila, ki ne spadajo na področje uporabe direktiv o javnih naročilih. V zvezi s tem Zvezna republika Nemčija navaja sodbi Komisija proti Finski, točka 39 zgoraj, in Komisija proti Irski z dne 13. novembra 2007, točka 57 zgoraj. Tako naj bi to, da ima sporočilo pravne učinke, temeljilo na točki 1.3. sporočila in na povezavi sporočila s postopkom zaradi neizpolnitve obveznosti.

145 Poleg tega po mnenju Zvezne republike Nemčije učinki sporočila, ki temeljijo na točki 1.3. sporočila, niso le informativni, temveč določajo tudi pravila ravnanja in so torej pravni. To naj bi priznala Komisija s tem, da meni, da sporočilo določa način ravnanja. Tako naj bi zavezujoči učinek sporočila izhajal iz namena, ki ga je izrazila Komisija, da bo njeno ravnanje na področju postopkov zaradi neizpolnitve obveznosti temeljilo na sporočilu.

146 Poleg tega Parlament v zvezi s točko 1.3. sporočila navaja, da je Komisija kot avtorica sporočila osrednji izvršilni organ Skupnosti in hkrati varuh Pogodb. Tako naj bi naročniki iz držav članic morali spoštovati vsebino sporočila, da bi se izognili tožbi zaradi neizpolnitve obveznosti, pri kateri bi se Komisija oprla na pravila, ki so določena v njenem sporočilu.

147 Republika Poljska dodaja, da je treba pričakovati, da bodo revizorji Komisije, ki bodo opravljali revizijo postopkov oddaje javnih naročil, ki so sofinancirani iz proračuna Evropske unije in ki vključujejo strukturne ukrepe, uporabljali smernice iz sporočila

kot referenčno merilo. Če bodo v postopkih nastale nepravilnosti glede na smernice iz sporočila, se bodo revizorji nagibali k temu, da se zavrne možnost povrnitve izdatkov iz sredstev Skupnosti. Tako naj bi se kljub trditvi, ki je zapisana na začetku sporočila, priporočila, ki jih vsebuje, uporabljala „kot pravo“. Glede na velikost finančne pomoči iz proračuna Evropske unije na Poljskem pa naj bi bilo takšno ravnanje revizorjev dovolj pomembna okoliščina, da bi bilo treba priporočila šteti za zavezujoča.

148 Komisija v nasprotju s trditvijo Zvezne republike Nemčije, da pravni učinek izhaja iz točke 1.3. sporočila, navaja, da morebitni vpliv sporočila na politiko Komisije na področju neizpolnitve obveznosti ne povzroča pravnih učinkov nasproti tretjim osebam, temveč ima posledice le na delovanje Komisije same. Komisija naj namreč ne bi imela pristojnosti, da bi prek politike, ki jo izvaja na področju postopkov zaradi neizpolnitve obveznosti, določila obveznosti držav članic. Obseg pravic in obveznosti držav članic je pravno zavezujoče določen šele v postopku pred Sodiščem v okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti.

b) Presoja Splošnega sodišča

149 V zadnjem odstavku točke 1.3. sporočila je določeno:

„Ko Komisija ugotovi potencialno kršitev temeljnih standardov za oddajo javnih naročil, ki niso zajeta z direktivama o javnih naročilih, oceni pomembnost zadevnega naročila za notranji trg glede na individualne okoliščine vsakega primera. Postopek za

ugotavljanje kršitev po členu 226 […] ES se sproži le v primerih, ko se to zdi primerno glede na težo kršitve in njen vpliv na notranji trg."

150 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je čisto mogoče, da Komisija na podlagi člena 226 ES začne postopek zaradi neizpolnitve obveznosti proti državi članici, če ta ne spoštuje obveznosti, ki jih imajo na podlagi pravil in načel iz Pogodbe ES naročniki iz držav članic pri oddaji javnih naročil. Zato samo dejstvo, da je v točki 1.3. sporočila navedena možnost uvedbe takega postopka, nikakor ne potrjuje – nasprotno od tega, kar trdi Zvezna republika Nemčija – da navedeno sporočilo ustvarja nove obveznosti, ki jih imajo države članice pri oddaji javnih naročil, in da je akt, ki ima zavezujoče pravne učinke.

151 Čeprav je res, da ta točka državo članico opozarja, da tvega, da bo proti njej uveden postopek zaradi neizpolnitve obveznosti, če ne bo spoštovala obveznosti, ki izhajajo iz primarnega prava Skupnosti in na katere je opozorjena v sporočilu, je to le dejanska posledica, ne pa zavezujoč pravni učinek (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 11. novembra 1981 v zadevi IBM proti Komisiji, 60/81, Recueil, str. 2639, točka 19, in z dne 1. decembra 2005 v zadevi Italija proti Komisiji, C-301/03, ZOdl., str. I-10217, točka 30).

152 Trditev, ki jo je navedla Zvezna republika Nemčija, je še toliko manj učinkovita, ker uvedba postopka zaradi neizpolnitve obveznosti države na podlagi člena 226 ES ni dejanje, ki bi imelo zavezujoč ali obvezen učinek. V okviru tega postopka je tisti njegov del, ki poteka pred predložitvijo zadeve Sodišču, faza, ki poteka pred predstavitvijo spora na sodišču in katere namen je pozvati državo članico, naj izpolni svoje obveznosti, saj Komisija svoje mnenje predstavi šele po tem, ko je bilo državi članici omogočeno, da predloži pripombe. Noben ukrep, ki ga Komisija sprejme v tej fazi, ki poteka pred predstavitvijo spora na sodišču, v skladu s sodno prakso Sodišča nima

zavezujočega učinka (sodba Sodišča z dne 1. marca 1966 v zadevi Lütticke in drugi proti Komisiji, 48/65, Recueil, str. 27, 39).

153 V skladu z ureditvijo iz členov od 226 ES do 228 ES lahko določitev pravic in obveznosti držav članic ter presoja njihovega ravnanja izhajata le iz sodbe Sodišča (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 27. maja 1981 v združenih zadevah Essevi in Salengo, 142/80 in 143/80, Recueil, str. 1413, točki 15 in 16, in z dne 29. septembra 1998 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-191/95, Recueil, str. I-5449, točka 45). Iz tega je razvidno, da ima na tem področju – nasprotno od tega, kar trdi Zvezna republika Nemčija – zavezujoč učinek le sodba Sodišča.

154 Zato je treba trditev Zvezne republike Nemčije in intervenientk v zvezi z zavezujočim učinkom, ki naj bi izhajal iz tega, da se ob nespoštovanju postopka, ki je določen v sporočilu, sproži postopek zaradi nespoštovanja obveznosti, zavrniti.

155 Te ugotovitve ne more izpodbiti trditev Zvezne republike Nemčije, ki se nanaša na točko 6 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca G. Tesaura k zgoraj v točki 28 navedeni sodbi Francija proti Komisiji z dne 16. junija 1993 (Recueil, str. I-3292), v kateri naj bi bila izražena podpora izrecnemu priznanju zavezujočih pravnih učinkov, ki izhajajo iz grožnje, da bo uveden postopek za ugotavljanje kršitev.

156 Drugače kot v obravnavanem primeru pa Komisija v postopku, ki je bil podlaga za izrek zgoraj v točki 28 navedene sodbe Francija proti Komisiji z dne 16. junija 1993, ni nikoli izpodbijala tega, koliko je zadevni akt zavezujoč. Generalni pravobranilec G. Tesauro je izhajajoč iz tega primera uvedbo postopka zaradi neizpolnitve štel za dodatni indic, na podlagi katerega je Sodišču predlagal, naj tožbe ne razglasi po uradni dolžnosti za nedopustno, ampak naj preizkusi njeno vsebino (sklepni predlogi

generalnega pravobranilca G. Tesaura k zgoraj v točki 28 navedeni sodbi Francija proti Komisiji z dne 16. junija 1993, točka 6). Poleg tega je treba opozoriti, da Sodišče v navedeni zadevi ni sledilo tej utemeljitvi, na kateri temelji argument Zvezne republike Nemčije.

157 Glede na ugotovitve iz točk od 150 do 153 zgoraj je treba tudi trditev Zvezne republike Nemčije, Kraljevine Nizozemske in Republike Poljske, da se je Komisija s sporočilom omejila, zavrniti kot – vsaj – brezpredmetno. Poleg tega iz besedila točke 1.3. sporočila izhaja, da Komisija ni nameravala uvesti postopka zaradi neizpolnitve obveznosti v vseh primerih neizpolnitve obveznosti, za katere je vedela, temveč da bo postopek zaradi neizpolnitve obveznosti uvedla ob upoštevanju okoliščin, ki so lastne vsakemu primeru, in da jo bosta pri odločitvi vodili glavni merili, to sta teža kršitve in njen vpliv na notranji trg.

158 Končno, v zvezi s trditvijo Zvezne republike Nemčije, da je Komisija sporočilo obravnavala kot zakonodajni akt in da je v preteklosti že uvedla postopke za ugotavljanje kršitev, da bi bila uporabljena načela iz tega sporočila, je treba ugotoviti, da ne more biti sprejeta.

159 V zvezi s postopkom za ugotavljanje kršitev št. 2005/4043, na katerega se je sklicevala Zvezna republika Nemčija, je treba ugotoviti, da se Komisija v točki 7 obrazloženega mnenja v bistvu sklicuje na sporočilo. Vendar v nasprotju s tem, kar trdi Zvezna republika Nemčija, sporočilo v njem ni vsebovano kot pravna podlaga, temveč le kot v oklepaju navedeno sklicevanje na koncu navedene točke. Izrek obrazloženega mnenja temelji na členih 43 ES in 49 ES ter na načelih enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije in preglednosti.

160 Enako velja za zadevi, na kateri se sklicuje Zvezna republika Nemčija in v katerih sta bili izdani sodbi Komisija proti Finski, navedena zgoraj v točki 39, in Komisija proti Irski z dne 13. novembra 2007, navedena zgoraj v točki 57. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da je v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj v točki 39 navedena sodba Komisija proti Finski, Sodišče razglasilo tožbo Komisije za nedopustno, ker Komisija ob tem, da je tožbo utemeljevala z nekaterimi temeljnimi pravili Pogodbe ES in natančneje z načelom prepovedi diskriminacije, ki vključuje obveznost preglednosti, ni predložila dovolj dokazov, da bi se Sodišče lahko podrobno seznanilo z obsegom kršitve prava Skupnosti, ki je bilo očitano državi članici (zgoraj v točki 39 navedena sodba v zadevi Komisija proti Finski, točka 32). V zvezi z zadevo, v kateri je bila izdana zgoraj v točki 57 navedena sodba Komisija proti Irski z dne 13. novembra 2007, je treba ugotoviti, da je iz te sodbe razvidno, da objava *ex post* ne more zagotoviti ustrezne stopnje obveščenosti in da ta sodba potrjuje obstoj obveznosti predhodne objave, kar je Zvezna republika Nemčija priznala na obravnavi.

161 V zvezi s trditvijo Republike Poljske, da je učinek sporočila opozorilo državam članicam, da tvegajo, da jim bo za nekatere nastale stroške zavrnjeno financiranje iz Skupnosti, je treba spet ugotoviti, da gre le za dejansko posledico, ne pa za zavezujoč pravni učinek navedenega sporočila (glej točko 151 zgoraj).

162 Iz vseh zgoraj navedenih ugotovitev je razvidno, da sporočilo ne vsebuje novih pravil na področju oddaje javnih naročil, ki bi presegale obveznosti, ki jih določa obstoječe pravo Skupnosti. V teh okoliščinah ni mogoče šteti, da ima sporočilo zavezujoče pravne učinke, ki bi vplivali na položaj Zvezne republike Nemčije in intervenientk, zato je treba tožbo zavreči kot nedopustno.

Stroški

163 V skladu s členom 87(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Ker Zvezna republika Nemčija ni uspela, se ji v skladu s predlogi Komisije naloži plačilo stroškov.

164 V skladu s členom 87(4), prvi pododstavek, Poslovnika države članice, ki se kot intervenientke udeležijo postopka, nosijo svoje stroške. V obravnavanem primeru stranke, ki so intervenirale v podporo Zvezni republiki Nemčiji, nosijo svoje stroške.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (peti senat)

razsodilo:

1. **Tožba se zavrže kot nedopustna.**

2. **Zvezna republika Nemčija nosi svoje stroške in stroške, ki jih je priglasila Evropska komisija.**

3. Francoska republika, Republika Avstrija, Republika Poljska, Kraljevina Nizozemska, Evropski parlament, Helenska republika in Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska nosijo svoje stroške.

Vilaras Prek Ciucă

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 20. maja 2010.

Podpisi

Kazalo

Dejansko stanje ..... II - 2036

Postopek ..... II - 2039

Predlogi strank ..... II - 2041

Dopustnost ..... II - 2042

A – Uvodna pojasnila ..... II - 2042

B – Vsebina sporočila ..... II - 2045

1. Prvi očitek – obstoj obveznosti predhodne objave (točka 2.1.1. sporočila) ... II - 2046

a) Trditve strank ..... II - 2046

Zvezna republika Nemčija ..... II - 2046

Intervenientke ..... II - 2050

Komisija ..... II - 2055

b) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 2056

2. Drugi očitek – določitev obveznosti objave (točka 2.2 sporočila) ..... II - 2069

a) Trditve strank ..... II - 2069

Zvezna republika Nemčija ..... II - 2069

Intervenientke ..... II - 2071

Komisija ..... II - 2072

b) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 2072

Uvodne ugotovitve ..... II - 2075

Točka 2.2.1. sporočila ..... II - 2076

– Prva alinea točke 2.2.1. sporočila ..... II - 2076

– Druga alinea 2.2.1. sporočila ..... II - 2077

– Tretja alinea točke 2.2.1. sporočila..... II - 2078

– Četrta alinea točke 2.2.1. sporočila ..... II - 2079

– Peta alinea točke 2.2.1. sporočila ..... II - 2080

Točka 2.2.2. sporočila ..... II - 2081

Točka 2.2.3. sporočila ..... II - 2083

3. Tretji očitek – izjeme od predhodne objave (točka 2.1.4. sporočila) ..... II - 2084

a) Trditve strank ..... II - 2084

b) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 2086

4. Četrti očitek – postopek zaradi neizpolnitve obveznosti (točka 1.3. sporočila) II - 2088

a) Trditve strank ..... II - 2088

b) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 2090

Stroški..... II - 2095