



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
YVESA BOTA,
predstavljeni 10. aprila 2014¹

Zadeva C-19/13

Ministero dell'Interno
proti
Fastweb SpA (Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Consiglio di Stato (Italija))

„Javna naročila — Direktiva 89/665/EGS — Revizijski postopek oddaje javnih naročil —
Neobstoj pogojev za izvedbo postopka s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu —
Pristojnost revizijskega organa, da odloči, da pogodba o oddaji naročila nima učinkov — Obseg izjeme
iz člena 2d(4) Direktive 89/665, v skladu s katero mora ta organ ohraniti učinke pogodbe —
Načelo enakega obravnavanja — Pravica do učinkovitega pravnega sredstva“

1. Sodišče je v okviru tega predloga za sprejetje predhodne odločbe pozvano, naj opredeli obseg pooblastil, ki jih ima nacionalno sodišče v zvezi z razveljavitvijo in naložitvijo kazni na podlagi člena 2d Direktive 89/665/EGS,² kadar ugotovi, da so bila ob oddaji javnega naročila kršena pravila objavljanja in odpiranja konkurenci, ki so določena z Direktivo 2004/18/ES.³

2. Cilj Direktive 89/665 je zagotoviti dejansko uporabo pravil o oddajanju javnih naročil, ob tem pa zagotoviti, da bodo v vseh državah članicah vzpostavljeni učinkoviti in hitri revizijski postopki.⁴ Zakonodajalec Unije je želel s spremembo, ki je bila uvedena z Direktivo 2007/66, izboljšati učinkovitost teh postopkov z okrepitevijo jamstev preglednosti in prepovedi diskriminacije. V zvezi s tem je zakonodajalec Unije za zagotovitev učinkovitega sodnega varstva potencialnih naročnikov in oškodovanih gospodarskih subjektov ter z namenom boja proti najhujšim kršitvam prava javnih naročil, in sicer nezakonitemu oddajanju javnih naročil na podlagi neposrednega dogovora, v člen 2d Direktive 89/665 vključil sankcije, ki morajo biti učinkovite in morajo imeti odvrtačnega učinek.⁵

3. Tako v skladu s členom 2d(1)(a) Direktive 89/665 države članice zagotovijo, da naročilo za neveljavno razglasi revizijski organ, neodvisen od naročnika, če je naročnik oddal naročilo, ne da bi predhodno objavil obvestilo o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, to pa ni dovoljeno na podlagi Direktive 2004/18/ES.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnjo (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 (UL L 335, str. 31, v nadaljevanju: Direktiva 89/665).

3 — Direktiva 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).

4 — Glej tretjo uvodno izjavo in člen 1(1), tretji pododstavek, Direktive 89/665. Glej tudi sodbo Komisija proti Nemčiji (C-503/04, EU:C:2007:432, točka 35 in navedena sodna praksa).

5 — Glej uvodni izjavi 27 in 28 Direktive 2007/66.

4. To načelo pa ima izjemo, ki je določena v členu 2d(4) Direktive 89/665 in katere obseg je treba preučiti tukaj.

5. Ta določba se glasi:

„Države članice določijo, da se odstavek 1(a) tega člena ne uporablja, če:

- naročnik meni, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z Direktivo 2004/18[...],
- naročnik v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo, kakor določa člen 3a te direktive in ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, in
- pogodba ni bila sklenjena, preden je poteklo vsaj 10 koledarskih dni od dneva, ki sledi datumu objave tega obvestila.“

6. V skladu s členom 3a Direktive 89/665 mora naročnik v obvestilu, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, navesti svoje ime in kontaktne podatke. Opisati mora tudi predmet naročila in utemeljiti odločitev o oddaji naročila brez predhodne objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije*. Poleg tega mora navesti ime in kontaktne podatke gospodarskega subjekta, v korist katerega je bila sprejeta odločitev o oddaji naročila, in po potrebi vse druge podatke, ki se mu zdijo koristni.

7. Namen člena 2d(4) Direktive 89/665 je olajšati uporabo predpogodbenih pravnih sredstev, ker je z objavo obvestila, ki izraža namero o sklenitvi pogodbe,⁶ in z odlogom podpisa pogodbe za najmanj deset dni, sodišču omogočeno, da pravočasno odpravi kršitve pravil o oddaji javnih naročil.⁷

8. Consiglio di Stato (Italija) s predložitvijo predloga za sprejetje predhodne odločbe Sodišče sprašuje glede razlage in veljavnosti te določbe glede na načelo enakega obravnavanja, ki je na podlagi sodne prakse določeno kot temeljno načelo prava Unije, in glede na pravico do učinkovitega pravnega sredstva, ki je določena v členu 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).

9. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Ministero dell'Interno (ministrstvo za notranje zadeve) in družbo Fastweb SpA (v nadaljevanju: Fastweb). Predmet tega spora je oddaja javnega naročila, ki se nanaša na opravljanje storitev elektronske komunikacije v obdobju sedmih let in katerega vrednost je 521.500.000 EUR, družbi Telecom Italia SpA (v nadaljevanju: Telecom Italia).

10. V tej zadevi ni sporno, da Ministero dell'Interno ni spoštovalo pravil o oddaji javnih naročil s tem, da je to javno naročilo oddalo v postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*.

11. Consiglio di Stato je z odločbo z dne 8. januarja 2013 presodilo, da je ta oddaja javnega naročila nezakonita, in jo razveljavilo.

12. Vendar je Consiglio di Stato ugotovilo, da je Ministero dell'Interno v skladu s členom 3a Direktive 89/665 v *Uradnem listu Evropske unije* objavilo obvestilo, ki izraža namero o sklenitvi pogodbe z družbo Telecom Italia. Priznalo je tudi, da je to ministrstvo spoštovalo minimalni rok odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe. Nacionalno sodišče naj bi bilo torej na podlagi člena 2d(4) navedene direktive dolžno ohraniti učinke te pogodbe, čeprav ni zakonita.

6 — To obvestilo se imenuje tudi „obvestilo v primeru prostovoljne predhodne preglednosti“.

7 — Glej uvodno izjavo 28 Direktive 2007/66.

13. V teh okoliščinah se je predložitveno sodišče spraševalo glede obsega pooblastil, ki jih ima nacionalno sodišče v zvezi z razveljavitvijo in naložitvijo kazni.

14. Zato je Consiglio di Stato prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

- „1. Ali je treba člen 2d(4) Direktive [89/665] razlagati tako, da naročnik, ki v *Uradnem listu Evropske unije* objavi obvestilo v primeru prostovoljne predhodne preglednosti, preden neposredno odda naročilo določenemu gospodarskemu subjektu, izbranemu brez predhodne objave obvestila o naročilu, in s sklenitvijo pogodbe počaka vsaj deset dni, nacionalnemu sodišču – v vsakem primeru – samodejno prepreči, da naročilo razglasi za neveljavno, čeprav nacionalno sodišče ugotovi kršitev predpisov, ki v nekaterih pogojih omogočajo oddajo naročila brez izvedbe javnega razpisa?
2. Podredno, ali je člen 2d(4) Direktive [89/665], če se razlaga tako, da izključuje možnost, da bi se v skladu z nacionalno zakonodajo (člen 122 zakonika o upravnem postopku) pogodba razglasila za neveljavno, čeprav je sodišče ugotovilo kršitev predpisov, ki pod nekaterimi pogoji omogočajo oddajo naročila brez izvedbe javnega razpisa, v skladu z načeli enakosti strank, prepovedi diskriminacije in varstva konkurence ter zagotavlja pravico do učinkovitega pravnega sredstva, ki jo zagotavlja člen 47 Listine [...]?”

15. Stranke iz postopka v glavni stvari, italijanska, avstrijska in poljska vlada ter Evropski parlament, Svet Evropske unije in Evropska komisija so predložili stališča.

16. V teh sklepnih predlogih ugotavljam, da niti cilj Direktive 89/665 niti besedilo njenega člena 2d ne nasprotujeta temu, da država članica revizijskemu organu prizna pravico, da prosto presodi, v kakšnem obsegu je treba pogodbi, ki je bila sklenjena brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, odvzeti učinke, če ta organ ugotovi, da je kljub objavi obvestila, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* in spoštovanju minimalnega roka odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe, naročnik premišljeno in namerno kršil pravila glede obveščanja in vzpostavitve konkurence, ki so določena v Direktivi 2004/18.

I – Dejansko stanje v sporu o glavni stvari

17. Služba za javno varnost Ministero dell'Interno je leta 2003 z družbo Telecom Italia sklenila pogodbo o upravljanju in razvoju telekomunikacijskih storitev, ki bi se morala izteči 31. decembra 2011.

18. Ministero dell'Interno je torej, ker se je soočilo s položajem izteka pogodbe, z odločbo z dne 15. decembra 2011 določilo, da je družba Telecom Italia ponovno njegov dobavitelj in tehnološki partner pri upravljanju in razvoju teh storitev.

19. Menilo je, da lahko za oddajo javnega naročila uporabi postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, pri tem pa se je oprlo na besedilo člena 57(2)(b) zakonske uredbe št. 163 z dne 12. aprila 2006, ki se nanaša na sprejetje zakonika o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga na podlagi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) z dne

12. aprila 2006,⁸ s katero je bil v italijansko pravo prenesen člen 28(1)(e) Direktive 2009/81/ES.⁹

20. Naročnik lahko v skladu z zadnjenavedeno določbo odda javno naročilo na podlagi postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, „če je iz tehničnih razlogov ali iz razlogov, ki se nanašajo na varstvo izključnih pravic, naročilo mogoče zaupati le določenemu gospodarskemu subjektu“.

21. V obravnavanem primeru je Ministero dell'Interno menilo, da je zaradi tehničnih razlogov in varstva (nekaterih) izključnih pravic družba Telecom Italia edini gospodarski subjekt, ki je sposoben izvesti javno naročilo storitev.

22. Ta odločba je bila predložena Avvocatura Generale dello Stato, ki je 20. decembra 2011 izdalo pritrdilno mnenje glede zakonitosti načrtovanega postopka.

23. Ministero dell'Interno je istega dne v *Uradnem listu Evropske unije* objavilo obvestilo o nameri dodelitve javnega naročila, ki se nanaša na „zagotavljanje elektronskih komunikacijskih storitev, natančneje storitev govorne telefonije, mobilne telefonije in prenosa podatkov za oddelek za javno varnost in za karabinjere ob upoštevanju vseh zahtev zaupnosti in varstva informacij v interesu nacionalne varnosti“, družbi Telecom Italia.

24. Ministero dell'Interno je 22. decembra 2011 sprejelo upravno odločbo, s katero je družbo Telecom Italia povabilo k sodelovanju na pogajanjih 23. decembra 2011.

25. Stranki sta 31. decembra 2011, to je po preteku desetdnevnega roka, ki je začel teči z datumom objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije*, sklenili okvirni sporazum za obdobje sedmih let in v vrednosti 521.500.000 EUR.

26. Obvestilo o oddaji naročila je bilo v *Uradnem listu Evropske unije* objavljeno 16. februarja 2012.

27. Družba Fastweb je vložila tožbo za razveljavitev pri Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ki je sodni organ, pristojen za revizijske postopke, sprožene zoper oddajo javnih naročil v Italiji. Družba Fastweb je predlagala razveljavitev in odpravo učinkov te oddaje javnega naročila, ker naj pogoji, ki so v členu 28(1)(c) Direktive 2009/81 določeni za izvedbo postopka s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu, ne bi bili izpolnjeni.

28. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio je ugodilo tej tožbi. Menilo je, da podatki in okoliščine, na katere se je sklicevalo Ministero dell'Interno, ne pomenijo „tehničnih razlogov“ v smislu člena 57(2)(b) zakonske uredbe št. 163/2006, temveč temeljijo na razlogih, ki se nanašajo na primernost in na težave, ki bi lahko nastale, če bi bilo naročilo oddano drugemu gospodarskemu subjektu. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio je menilo, potem ko je razveljavilo oddajo naročila, da ne more odpraviti učinkov pogodbe, ker je Ministero dell'Interno spoštovalo obveznost preglednosti in minimalni rok odloga, ki je določen v členu 121(5) zakonika o upravnem postopku, s katerim je bil v italijansko pravo prenesen člen 2d(4) Direktive 89/665.

29. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio pa je menilo, da te določbe ne nasprotujejo temu, da na podlagi člena 122 zakonika o upravnem postopku ugotovi, da pogodba nima učinkov od 31. decembra 2013.

8 — Redni dodatek k GURI št. 100 z dne 2. maja 2006. Uredba, kakor je bila spremenjena z zakonsko uredbo št. 152 z dne 11. septembra 2008 (Redni dodatek k GURI št. 231 z dne 2. oktobra 2008, v nadaljevanju: zakonska uredba št. 163/2006).

9 — Direktiva 2009/81/ES Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 13. julija 2009 o usklajevanju postopkov za oddajo nekaterih naročil gradenj, blaga in storitev, ki jih oddajo naročniki na področju obrambe in varnosti, ter spremembi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES (UL L 216, str. 76), kakor je bila spremenjena z Uredbo (EU) št. 1251/2011 Komisije z dne 30. novembra 2011 (UL L 319, str. 43, v nadaljevanju: Direktiva 2009/81). Člen 28(1)(e) Direktive 2009/81 povzema z v bistvu enakimi izrazi člen 31(1)(b) Direktive 2004/18.

30. Ministero dell'Interno in družba Telecom Italia sta zoper to sodbo vložila pritožbo pri Consiglio di Stato.

31. Consiglio di Stato je potrdilo razveljavitev zadevne oddaje naročila. Presodilo je tudi, da naročnik ni dovolj dokazal, da so bili pogoji za izvedbo postopka s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu izpolnjeni. V zvezi s tem je menilo, da iz celote navedenih trditev in predložene dokumentacije, vključno s tehničnim poročilom, ni izhajalo, da objektivno ni mogoče zaupati iste storitve različnim gospodarskim subjektom, temveč, da taka rešitev ni primerna po mnenju Ministero dell'Interno zlasti zato, ker bi to zahtevalo spremembe, stroške in čas, potreben za prilagajanje.

32. Vendar pa se je Consiglio di Stato spraševalo o posledicah, ki jih je treba izpeljati iz te razveljavitve v zvezi z učinki zadevne pogodbe ob upoštevanju načel, ki jih je zakonodajalec Unije določil v členu 2d(4) Direktive 89/665.

II – Italijansko pravo

33. Direktiva 89/665 je bila v italijansko pravo prenesena z zakonsko uredbo št. 53 z dne 20. marca 2010, katere vsebina je bila nato vključena v člen 120 in naslednje zakonika o upravnem postopku.

34. S členom 121(1) zakonika o upravnem postopku je bil v italijansko pravo prenesen člen 2d(1) Direktive 89/665. Ta člen določa, da sodišče, ki razveljavi dokončno oddajo javnega naročila, odloči, da naročilo nima učinkov v spodaj navedenih primerih, ob tem pa glede na predloge strank in na podlagi presoje teže ravnanja naročnika ter dejanskega stanja določi, ali je ugotovitev neobstoja učinkov omejena na storitve, ki še niso bile opravljene na datum objave odločbe, ali pa je retroaktivna:

- če je bila dokončna oddaja javnega naročila opravljena brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* ali v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, kadar je obveznost te objave predpisana z zakonsko uredbo št. 163/2006;
- če je bila dokončna oddaja javnega naročila opravljena na podlagi postopka s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu ali z neposredno oddajo, ne da bi to bilo dovoljeno, bi pa bila posledica tega opustitev objave obvestila o javnem naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* ali v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, kadar je obveznost te objave predpisana z zakonsko uredbo št. 163/2006.

35. Člen 2d(4) Direktive 89/665 je bil prenesen v člen 121(5) zakonika o upravnem postopku, ki določa, da se neobstoj učinkov naročila, ki je določen v členu 1(a) in (b) tega člena 121, ne uporabi, če je naročnik:

- z obrazloženim aktom, ki je bil sprejet pred začetkom postopka oddaje javnega naročila, odločil, da je postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* ali v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* dovoljen na podlagi zakonske uredbe št. 163/2006;
- v primeru prostovoljne predhodne preglednosti v smislu člena 79a zakonske uredbe št. 163/2006 objavil obvestilo o javnem naročilu za naročila, ki imajo razsežnosti Skupnosti, v *Uradnem listu Evropske unije* in za naročila, ki ne dosegajo tega pragu, v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, v katerem je izrazil namen oddaje javnega naročila, in
- oddal naročilo najprej v roku desetih dni, ki začne teči naslednji dan po objavi obvestila iz točke (b).

36. V členu 122 zakonika o upravnem postopku je dodano, da lahko – razen v primerih iz člena 121(1) tega zakonika – sodišče, ki je razveljavilo dokončno oddajo javnega naročila, odloči, ali je treba ugotoviti, da naročilo nima učinkov, in navede od katerega datuma, pri tem pa upošteva zlasti interese strank, dejansko možnost tožeče stranke, da pridobi naročilo glede na ugotovljene nepravilnosti, stopnjo izvršitve pogodbe in možnost vstopa v pogodbeno razmerje, če nepravilnost, ki je bila storjena pri oddaji naročila, ne terja ponovne izvedbe postopka in če je bil vložen predlog za vstop v pogodbeno razmerje.

37. Člen 3a Direktive 89/665, ki se nanaša na vsebino in obliko obvestila v primeru prostovoljne predhodne preglednosti, je bil v nacionalno pravo prenesen s členom 79a zakonske uredbe št. 163/2006.

III – Moja analiza

38. Odločil sem se, da bom obe vprašanji, ki ju je predložilo Consiglio di Stato, preučil skupaj.

39. Consiglio di Stato s tema vprašanjema v bistvu sprašuje Sodišče, ali mora nacionalni sodnik na podlagi člena 2d(4) Direktive 89/665 v povezavi z načelom enakega obravnavanja in s pravico do učinkovitega pravnega sredstva ne glede na okoliščine ohraniti učinke pogodbe, ki je bila sklenjena brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu, če je naročnik objavil obvestilo, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* in spoštoval minimalni rok odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe in je določen s to določbo.

40. Menim, da ne. Ocenjujem namreč, da člen 2d(4) Direktive 89/665 ne more vzpostaviti takega avtomatizma in s tem tvegati odvzem polnega učinka določbam, ki jih je zakonodajalec Unije uvedel v okvir, vzpostavljen z Direktivo 2007/66, in kršitev nekaterih temeljnih načel, ki jih ta zakonodajalec priznal oškodovanim gospodarskim subjektom.

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

42. V zvezi s tem je Sodišče presodilo, da je načelo enakega obravnavanja ponudnikov ali kandidatov temeljno načelo prava Unije na področju javnih naročil.¹⁰ Spoštovanje tega načela mora omogočiti, da bo zagotovljen prost pretok storitev v Evropski uniji, in njegov cilj je spodbujati razvoj zdrave in učinkovite konkurence med zadevnimi gospodarskimi subjekti v vseh državah članicah.¹¹ To načelo, kot je opozorilo Sodišče, zato nasprotuje vsakršnim pogajanjem med naročnikom in ponudnikom v okviru postopka oddaje javnega naročila. Spoštovanje načela enakega obravnavanja ne pomeni le prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, temveč tudi obveznost preglednosti postopkov oddaje javnih naročil.¹² Cilj te preglednosti je predvsem zagotoviti vsem mogočim ponudnikom

10 — Glej mojo analizo tega načela v točkah 34 in naslednjih mojih sklepnih predlogov k zadevi, v kateri je bila izdana sodba Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

11 — Glej zlasti sodbo Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, točka 28). Glej tudi sodbo Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), v kateri je Sodišče pojasnilo, da načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ter zahteva po preglednosti, ki iz njiju izhaja, uresničujejo enake cilje kot [Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322), kakor je bila spremenjena z Direktivo Komisije 2001/78/ES z dne 13. septembra 2001 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 4, str. 94)], ki se nanaša zlasti na prosti pretok storitev in vzpostavitev neizkrivljene konkurence v državah članicah“ (točka 48).

12 — Glej sodbi Komisija proti CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, točka 109 in navedena sodna praksa) in Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, točka 49 in navedena sodna praksa).

ustrezno stopnjo javnosti postopka oddaje naročila, kar omogoča vzpostavitev konkurence in nadzor nad nepristranskostjo postopka.¹³ Namen te preglednosti je torej izognitev nevarnosti dajanja prednosti in samovoljnega odločanja naročnika, tako da imajo vsi ti ponudniki enake možnosti pri oblikovanju pogojev svojih ponudb.¹⁴

43. Take obveznosti pri gospodarskih subjektih ustvarjajo pravice, ki morajo biti predmet učinkovitega sodnega varstva, ki ga zagotavlja nacionalno sodišče. To mora torej biti sposobno zagotavljati celovito izvrševanje svojih sodnih odločb ter imeti možnost sprejeti učinkovite, sorazmerne in odvrčalne kazni, da se zagotovi polna učinkovitost pravil o javnih naročilih.

44. Zakonodajalec Unije je z namenom zagotovitve dejanske uporabe teh načel in učinkovitega sodnega varstva zadevnih ponudnikov pred tveganjem dajanja prednosti in samovoljnega odločanja naročnikov v Direktivi 2007/66 okrepil učinkovitost revizijskih postopkov, ki jih v državah članicah sprožijo subjekti, ki imajo interes za pridobitev določenega naročila, in ki jim je z zatrevanjem kršitve nastala škoda.¹⁵

45. Direktiva 89/665 načeloma določa le najnižja merila, ki jih morajo izpolnjevati revizijski postopki v nacionalnih pravnih sistemih,¹⁶ uporaba bolj strogih kazni na podlagi nacionalne zakonodaje pa v skladu z uvodno izjavo 20 Direktive 2007/66 ni izključena, s čimer je v skladu z uvodno izjavo 34 navedene direktive spoštovano načelo procesne avtonomije držav članic.

46. Člen 1(1) Direktive 89/665 tako od držav članic zahteva, da vsakemu oškodovanemu gospodarskemu subjektu zagotovi možnost vložitve učinkovitega in hitrega pravnega sredstva zoper nezakonite odločbe naročnikov pod pogoji, določenimi v členih od 2 do 2f te direktive.¹⁷

47. Za ta namen in v skladu s členom 2(1) navedene direktive morajo države članice organom, ki so pristojni za revizijske postopke, priznati ta pooblastila:

- pooblastilo za sprejetje začasnih ukrepov, s katerimi naj bi se odpravile domnevne kršitve ali preprečilo nadaljnje škodovanje zadevnim interesom,
- pooblastilo za razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev in
- pooblastilo za dodelitev nadomestila za škodo osebam, ki so bile oškodovane.

48. V členu 2(7) Direktive 89/665 zakonodajalec Unije državam članicam priznava pravico, da v svojih nacionalnih pravnih redih določajo učinke, ki izhajajo iz izvajanja teh pooblastil v zvezi z nadaljevanjem izvrševanja zadevne pogodbe.

49. Vendar zakonodajalec Unije iz te pravice izključuje primere, ki so določeni v členih od 2d do 2f te direktive, in zlasti primere, v katerih je nacionalno sodišče razveljavilo pogodbo zaradi kršitve pravil glede objave in odpiranja konkurence, ki ju določa Direktiva 2004/18. V tem primeru je torej omejil pooblastila revizijskega organa s tem, da je izrecno določil učinke razveljavitve te pogodbe.

50. Tako člen 2d Direktive 89/665, naslovljen „Neveljavnost“, v odstavku 1(a) določa, da revizijski organ odvzame učinke pogodbi, če je naročnik oddal naročilo, ne da bi prej objavil obvestilo o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije* in v nasprotju z zahtevami Direktive 2004/18. Besedilo je jasno, polja proste presoje, ki bi bilo priznано državam članicam, načeloma ni.

13 — Glej sodbo Wall (EU:C:2010:182, točka 36 in navedena sodna praksa).

14 — Glej sodbo Komisija proti Belgiji (C-87/94, EU:C:1996:161, točke od 54 do 56).

15 — Glej zlasti uvodni izjavi 3 in 4 te direktive. Glej tudi sodbo Komisija proti Avstriji (C-212/02, EU:C:2004:386, točke od 20 do 22).

16 — Glej sodbo Strabag in drugi (C-314/09, EU:C:2010:567, točka 33 in navedena sodna praksa).

17 — Glej tudi sodbo GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, točka 44 in navedena sodna praksa).

51. Zakonodajalec Unije to omejitev upravičuje v uvodni izjavi 13 Direktive 2007/66, ker je nezakonito oddajanje naročil na podlagi neposrednega dogovora v skladu s sodno prakso Sodišča najhujša kršitev prava Unije na področju javnih naročil.¹⁸ Meni, da je zato treba določiti učinkovite, sorazmerne in odvračalne kazni, zaradi česar je treba taki pogodbi odvzeti učinke.

52. V teh okoliščinah mora revizijski organ, če ugotovi, da je oddaja javnega naročila na podlagi postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu nezakonita, razveljaviti naročilo in mu odvzeti učinke, tako da se ponovno vzpostavi konkurenca in ustvarijo nove tržne perspektive oškodovanega gospodarskega subjekta.¹⁹

53. Strogost tega načela je vendarle omiljena v členu 2d(2) Direktive 89/665, saj zakonodajalec Unije državam članicam priznava pravico, da določijo posledice, ki izhajajo iz tega, da je naročilo neveljavno.

54. Poleg tega ima navedeno načelo izjemo, ki je določena v členu 2d(4) te direktive – vsebino in obseg te izjeme pa je treba tu razložiti.

55. Opozarjam, da v skladu z besedilom te določbe „Države članice določijo, da se odstavek 1(a) tega člena ne uporablja, če“:

- je naročnik menil, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z Direktivo 2004/18;
- je izpolnil obveznost preglednosti pred podpisom pogodbe s tem, da je objavil obvestilo v *Uradnem listu Evropske unije* v primeru prostovoljne predhodne preglednosti, in
- je spoštoval minimalni rok odloga desetih dni, ki mora preteči med objavo obvestila, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* in podpisom te pogodbe.

56. Parlament in Komisija sta na obravnavi potrdila, da so ti pogoji kumulativni.

57. Iz uvodnih izjav 13, 14 in 26 Direktive 2007/66 jasno izhaja, da je zakonodajalec Unije z uvedbo izjeme od pravila želel uskladiti različne zadevne interese, in sicer interes oškodovanega podjetja, kateremu ugoditev vključuje možnost sprožitve hitrega predpogodbenega postopka in razveljavitev nezakonito sklenjene pogodbe, in interes naročnika in izbranega podjetja, ki pomeni izognitev pravnih negotovosti, ki bi lahko nastala zaradi neobstoja učinkov pogodbe.

58. Zakonodajalec Unije je v členu 2d(4) Direktive 89/665 uporabil velelni naklon in ob neobstoju drugačne navedbe v besedilu ta določba od revizijskega organa zahteva, da ohrani učinke pogodbe, ki je bila vendarle razveljavljena, če so vsi trije pogoji izpolnjeni, to pa zato, da se ohrani ravnotežje, ki se želi doseči med različnimi zadevnimi strankami.

59. Menim, da je zakonodajalec Unije s tem, da je v prvotno različico Direktive 89/665 dodal ločeno in tako specifično določbo, kot je člen 2d(4), želel določiti skupno in zavezujoče pravilo za vse države članice. V nasprotju z drugimi določbami, v katerih je izrecno priznal pravico držav članic, da v okviru svoje procesne avtonomije določijo posledice razveljavitve pogodbe in odvzema učinkov te pogodbe,²⁰ se zdi, da člen 2d(4) Direktive 89/665 državam članicam ne omogoča določitve strožje kazni v smislu uvodne izjave 20 Direktive 2007/66 in zlasti te, da se razglasi neobstoj učinkov pogodbe.

18 — Glej sodbo Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, točka 37).

19 — Uvodna izjava 14 Direktive 2007/66.

20 — Glej zlasti člen 2d(3) Direktive 89/665, s katerim je bilo omiljeno načelo iz odstavka 1 tega člena z navedbo, da „[d]ržave članice lahko določijo, da revizijski organ [...] naročila ne šteje za neveljavno – čeprav je bilo [...] oddano nezakonito – če revizijski organ [...] ugotovi, da bi bilo treba zaradi prevladujočih razlogov v zvezi s splošnim interesom ohraniti učinke naročila.“ Besedilo te določbe je jasno, zakonodajalec Unije je namreč očitno priznal nacionalnemu sodišču diskrecijsko pravico glede določitve najprimernejše kazni, če so podani prevladujoči razlogi v zvezi s splošnim interesom.

60. Vendar ali to pomeni, kot izrecno sprašuje predložitveno sodišče, da „je avtomatično prepovedano – vedno in v vsakem primeru“ – da revizijski organ razglasi neobstoj učinkov pogodbe?

61. Menim, da je manevrski prostor tega organa opredeljen s sodnim nadzorom, ki ga mora ta organ opraviti glede izpolnitve pogojev iz člena 2d(4) Direktive 89/665 in zlasti glede prvega pogoja.

62. Če namreč navedeni organ ugotovi, da so pogoji iz te določbe izpolnjeni, mora v skladu z besedilom in ciljem navedene določbe ohraniti učinke pogodbe. Če pa revizijski organ na podlagi svojega sodnega nadzora ugotovi, da ti pogoji niso izpolnjeni, mora razglasiti neobstoj učinkov pogodbe v skladu s pravilom iz člena 2d(1)(a) Direktive 89/665, in v tem okviru ima toliko manevrskega prostora, kot ga določa ta direktiva v svojem členu 2d(2).

63. Obseg diskrecijske pravice revizijskega organa je torej odvisen od izida njegovega sodnega nadzora.

64. Pri obsegu tega nadzora vztrajam iz dveh razlogov.

65. Prvi se nanaša na uresničitev ciljev, ki jim sledi zakonodajalec Unije v členu 1(1) Direktive 89/665, to je zlasti vzpostavitev učinkovitih pravnih sredstev zoper odločbe, ki so jih sprejeli naročniki s kršitvijo prava javnih naročil.

66. Sodni nadzor je določen za zagotovitev spoštovanja načela enakega obravnavanja in obveznosti preglednosti, ki iz njega izhaja, in za razglasitev učinkovite in odvračalne kazni, če je to potrebno.

67. Ta nadzor mora biti določen, tudi če se želi zagotoviti učinkovitost pravnega sredstva, ki ga vloži oškodovano podjetje, v skladu s členom 47 Listine. Opozoriti je treba, da se je v skladu z besedilom uvodne izjave 36 Direktive 2007/66 zakonodajalec Unije zavezal, da „[t]a direktiva spoštuje temeljne pravice in upošteva načela, priznana zlasti v [Listini]“, in zlasti, da bo zagotovila dosledno spoštovanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva, kot je določena v členu 47 Listine. Pravica do učinkovitega pravnega sredstva pa predpostavlja, da ima nacionalno sodišče diskrecijsko pravico glede spoštovanja prava, ki ga je treba uporabiti, in v obravnavanem primeru glede spoštovanja pogojev, določenih v členu 2d(4) Direktive 89/665.

68. Drugi razlog se nanaša na besedilo, ki ga je zakonodajalec Unije uporabil pri opredelitvi prvega pogoja, določenega v členu 2d(4), prva alineja, te direktive.

69. Opozarjam namreč, da mora nacionalno sodišče v skladu s to določbo ohraniti učinke nezakonito sklenjene pogodbe, če „naročnik *oceni*, da je oddaja naročila brez predhodne objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije* dopustna v skladu z Direktivo 2004/18“. ²¹

70. Ob tem, da se naročnikom prizna tako velik manevrski prostor, kot je ta, ki ga ima v okviru navedene določbe, ne da bi bil ta manevrski prostor podvržen sodnemu nadzoru, se mi zdi izredno težko uresničevati zgoraj navedene cilje.

71. V takem položaju je namreč ta pogoj povsem potestativen, pravno varstvo oškodovanega gospodarskega subjekta pa nepopolno. ²²

21 — Moj poudarek. Ta izraz je v členu 2e(2) predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil (COM(2006) 195 final), podoben izraz pa je v točki 3 obrazložitve tega predloga, ki določa, da „[k]adar naročnik *meni*, da ima pravico naročilo [...] oddati na podlagi neposrednega dogovora, mora [...] sklenitev pogodbe začasno ustaviti za najmanj deset dni, potem ko opravi ustrezno oglaševanje s poenostavljenim obvestilom o oddaji naročila“ (moj poudarek).

22 — Pogoj je „potestativen“, če je nastanek ali izvršitev obveznosti odvisen le od volje enega samega sopogodbjenika.

72. Prvič, ta pogoj pomeni, da je naročniku – ne glede na besedilo, kontekst in cilje določb Direktive 89/665 – priznana pravica, da se odloči, ali bo izvedel postopek javnega razpisa in s tem, ali bo spoštoval načeli preglednosti in prepovedi diskriminacije, ki sta določeni v členu 2 Direktive 2004/18, pri tem pa mu je zagotovljeno, da pogodbi, ki je bila nezakonito sklenjena, ne bodo odvzeti učinki, če je v *Uradnem listu Evropske unije* objavil obvestilo, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, in če je spoštoval minimalni rok odloga desetih dni. Zavrtni gospodarski subjekt bo imel dejansko na razpolago le možnost vložitve odškodninske tožbe, ki ne bo omogočila ponovne vzpostavitve konkurence glede nezakonito oddanega naročila.

73. Tu pa gre očitno za paradoks.

74. Spomnim naj namreč, da Direktiva 89/665 izrecno določa cilj povečanja jamstev preglednosti in prepovedi diskriminacije v okviru postopkov oddaje javnih naročil, da se oškodovanemu gospodarskemu subjektu zagotovi popolno pravno varstvo.²³ Poleg tega naj tudi spomnim, da se je zakonodajalec Unije z namenom preprečevanja nezakonite oddaje javnih naročil na podlagi neposrednega dogovora in z namenom varstva potencialnih ponudnikov pred samovoljnim ravnanjem naročnikov odločil, da v Direktivi 2007/66 okrepi učinkovitost revizijskih postopkov.²⁴

75. Drugič, navedeni pogoj v takem položaju naročniku omogoča, da odda naročilo na podlagi neposrednega dogovora v nasprotju z zahtevami iz Direktive 2004/18, pri tem pa upošteva minimalne formalne zahteve in se izpostavi minimalnim kaznim, tako da lahko zlorabi pravice, ki so mu priznane.

76. Kot je v svojih stališčih navedla družba Fastweb, je tako lažje oddati javno naročilo podjetju po lastni izbiri, kot pa izvesti zakonit javni razpis, s katerim so spoštovana pravila objave in vzpostavitve konkurence, ki se zahtevajo z Direktivo 2004/18.

77. Najprej, časovni okvir javnega razpisa dejansko ni spoštovan in javno naročilo je mogoče oddati hitreje. Obravnavana zadeva odlično prikazuje ta položaj, saj je bil postopek oddaje zadevnega javnega naročila za obdobje sedmih let in v vrednosti 521.000.000 EUR začel 15. decembra 2011 in končan 31. decembra 2011, to je petnajst dni kasneje.

78. Dalje, postopek objave je različen. V okviru zakonitega javnega razpisa mora namreč naročnik objaviti obvestilo o javnem naročilu in vsakemu ponudniku vročiti sprejeto odločbo. Predhodna objava in vzpostavitev konkurence sta torej formalizirani. V okviru postopka s pogajanjem brez objave obvestila o javnem razpisu pa ima naročnik zgolj obveznost objave v *Uradnem listu Evropske unije*, zainteresirano podjetje pa ima torej le deset dni časa za vložitev predpogodbenega pravnega sredstva. Očitno je, da taka objava ne zagotavlja informacije zainteresiranemu subjektu, kot je to zagotovljeno z objavo javnega razpisa v *Uradnem listu Evropske unije* ali s posamično vročitvijo sprejetih odločb naročnika, in s tem omejuje revizijske postopke.

79. Nazadnje, če je oddaja javnega naročila nezakonita zlasti zaradi nepravilnosti pri postopku javnega razpisa, je mogoče pogodbi odvzeti učinke. V okviru postopka iz člena 2d(4) Direktive 89/665 pa mora revizijski organ ohraniti učinke pogodbe, ki je bila sklenjena s kršitvijo pravil glede objave in glede vzpostavitve konkurence, če je naročnik objavil obvestilo v primeru prostovoljne predhodne preglednosti in je spoštoval minimalni rok odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe. Seveda je mogoče zadnjenavedenemu naložiti plačilo odškodnine. Vendar dodelitev odškodnine ne omogoča vzpostavitve konkurence v zvezi z nezakonito oddanim naročilom.

23 — Glej tretjo uvodno izjavo te direktive.

24 — Sodba Komisija proti Avstriji (EU:C:2004:386, točke od 20 do 22).

80. Zato se mi zdi nujno, da revizijski organ v okviru sodnega nadzora glede pogojev, navedenih v členu 2d(4) Direktive 89/665, presoja ravnanje naročnika. Menim, da mora zlasti preveriti, ali je naročnik pri sklenitvi pogodbe ravnal v dobri veri in s potrebno skrbnostjo ter ali so oziroma so bili razlogi, ki jih je v *Uradnem listu Evropske unije* naročnik navedel v utemeljitev oddaje javnega naročila na podlagi postopka s pogajanjem brez objave obvestila, zakoniti.

81. Italijanska in poljska vlada ter Svet in Komisija so v stališčih tudi izrazili tako mnenje.²⁵

82. Ne sme namreč biti spregledano, da ohranitev učinkov pogodbe iz člena 2d(4) Direktive 89/665 temelji na dobri veri naročnika in želi ohraniti pravno varnost sopogodbenikov. Zakonodajalec Unije je to v uvodni izjavi 26 Direktive 2007/66 izrecno priznal s tem, da je vztrajal pri nujnosti „izogni[ti] [se] pravni negotovosti, ki bi lahko nastala zaradi neveljavnosti“ pogodbe. Poleg tega je Sodišče to izrecno dopustilo v sodbi v zadevi Komisija proti Nemčiji.²⁶

83. Vendar pa ne pravna varnost ne legitimno pričakovanje ne moreta biti zagotovljena, če je naročnik pri uporabi pravnega pravila ravnal v slabi veri in je premišljeno in namerno kršil pravila glede oddaje javnih naročil.

84. Družba Telecom Italia je na obravnavi predstavila idejo, da člen 2d(4), prva alineja, Direktive 89/665 naročniku nikakor ne nalaga, da ravna v dobri veri in skrbno, in menila, da ima naročnik zgolj obveznost obrazložitve. Tako razlago povsem zavračam, ker je dobra vera uprave bistveni del njene funkcije in ker na njej temeljijo legitimna pričakovanja, ki jih imajo državljani glede njenega delovanja. Gre torej za enega od temeljnih načel, ki vodijo njeno vsakodnevno delovanje. Zato menim, da je očitno, da se s členom 2d(4), prva alineja, navedene direktive predpostavlja, da naročnik pri uporabi tega člena ravna v dobri veri.

85. Nujno je torej, da nacionalno sodišče preizkusi razloge, iz katerih je bil naročnik logično in pošteno mnenja, da je upravičen oddati naročilo na podlagi postopka s pogajanjem brez objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije*, in da razlikuje med napako, storjeno v dobri veri, in namerno kršitvijo pravil glede oddaje javnih naročil. Nacionalno sodišče bo na podlagi tega preizkusa lahko določilo najprimernejšo kazen.

86. Obstajata torej dva primera.

87. Prvi je tisti, ko nacionalno sodišče ugotovi, da je nepravilna uporaba prava naročnika upravičljiva, ker je ta ravnal v dobri veri. V tem primeru mora v skladu s členom 2d(4) Direktive 89/665 ohraniti učinke pogodbe, tako da ohrani ravnovesje, ki se skuša doseči glede interesov različnih strank.

88. V zvezi s tem ni iz ničesar razvidno, da lahko revizijski organ naloži nadomestne kazni, kot so te, ki so navedene v členu 2e(2) navedene direktive.

89. Prvič, revizijski organ lahko določi nadomestno kazen, le če obstaja kazen, ki jo je treba nadomestiti. Z drugimi besedami, podana mora biti pravna podlaga, da bi ta organ lahko izrekel kazen. Če so vsi pogoji iz člena 2d(4) Direktive 89/665 izpolnjeni, potem zakonodajalec Unije od tega organa zahteva, da ohrani učinke pogodbe, s čimer temu organu odvzame možnost, da bi naročnika kaznoval tako, da bi pogodbi odvzel učinke. „Kazni“ v smislu navedene direktive torej ni.

25 — Glej točki 22 in 27 stališč italijanske vlade, točko 12 stališč poljske vlade, točko 33 stališč Sveta in točko 48 stališč Komisije.

26 — EU:C:2007:432, točka 33 in navedena sodna praksa. Glej po analogiji tudi sodbo Strabag in drugi (EU:C:2010:567), v kateri je Sodišče pojasnilo, da je treba roke spoštovati „da bi se kandidatom in ponudnikom preprečilo, da bi se lahko kadar koli sklicevali na kršitve [...] predpisov [o javnih naročilih] in tako naročnika prisilili, naj ponovno izvede celoten postopek, da bi se te kršitve odpravile“ (točka 37 in navedena sodna praksa).

90. Drugič, v zvezi z nadomestnimi kaznimi iz člena 2e Direktive 89/665 zakonodajalec Unije izrecno obravnava primere, v katerih lahko revizijski organ neobstoj učinkov pogodbe nadomesti z denarno kaznijo ali s skrajšanjem časa trajanja naročila, glede položaja, na katerega se nanaša člen 2d(4) navedene direktive,²⁷ pa ni podana nobena navedba.

91. V teh okoliščinah se lahko dejansko zastavlja vprašanje, ali je treba vsebinsko področje uporabe člena 2e Direktive 89/665 razširiti. Menim, da ne, ker bi bila taka razlaga v nasprotju s samim besedilom člena 2(7) navedene direktive in z namenom zakonodajalca Unije. Zakonodajalec Unije je namreč v zadnji navedeni določbi položaje iz člena 2e izrecno izključil iz področja pravice držav članic, da določijo učinke, ki izhajajo iz izvajanja njihove pristojnosti za naložitev kazni.

92. Drugi primer je tisti, v katerem nacionalno sodišče oceni, da nepravilna uporaba prava ni upravičljiva in da je naročnik premišljeno in namerno kršil pravila glede predhodne objave in glede predhodne vzpostavitve konkurence. V tem primeru je treba tako neizpolnitev obveznosti seveda kaznovati. Ni namreč nobenega legitimnega razloga, ki bi upravičeval ohranitev učinkov pogodbe, katere sklenitev v smislu sodne prakse Sodišča pomeni najhujšo kršitev prava javnih naročil.

93. V teh okoliščinah mora torej revizijski organ v skladu z načelom iz člena 2d(1)(a) Direktive 89/665 pogodbi odvzeti učinke in vrniti pravice gospodarskemu subjektu, ki je bil s tem nezakonitim aktom oškodovan.

94. V tem primeru državam članicam ne more biti odvzeta možnost, da odločijo, da pogodba nima učinkov, ker bi v nasprotnem primeru naročnik lahko prosto kršil pravila glede objave in glede vzpostavitve konkurence, ki jih določa zakon, ob upoštevanju, da bi moral v takem primeru plačati odškodnino oškodovanemu gospodarskemu subjektu. Taka razlaga pa bi zanesljivo preprečila uresničitev ciljev, ki jih je zakonodajalec Unije želel doseči s sprejetjem Direktive 2007/66.²⁸

95. Spomnim naj, da je cilj zagotoviti učinkovitost sankcije. V položaju, ko je naročnik očitno ravnal z namenom obiti pravila, ki se uporabljajo, pa zgolj neobstoj učinkov pogodbe omogoča zagotoviti učinkovito in odvračalno kazen.

96. Spomnim naj tudi, da je cilj Direktive 89/665 zagotoviti spoštovanje načela enakega obravnavanja. Le razveljavitev nezakonito sklenjene pogodbe in odvzem učinkov pogodbi pa omogočata vzpostavitev konkurence na trgu in ustvaritev novih tržnih perspektiv gospodarskega subjekta, ki mu je bila nezakonito odvzeta možnost sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila.

97. V zvezi z zgoraj navedenim je treba zdaj pojasniti, da ima revizijski organ še naprej pravico presoјati, v kolikšni meri je treba pogodbi odvzeti učinke, in to v skladu s členom 2d(2) Direktive 89/665.

98. Izkazalo se je, da je s to določbo državam članicam priznana pravica, da v svojem nacionalnem pravu določijo posledice, ki izhajajo iz tega, da je bil izrečen neobstoj učinkov naročila. V skladu z voljo zakonodajalca Unije lahko države članice revizijski organ pooblastijo, da retroaktivno razveljavi vse pogodbene obveznosti ali da razveljavitev pogodbe omejijo na obveznosti, ki jih je še treba izpolniti. Vendar je zakonodajalec Unije v tem zadnjem primeru želel revizijskemu organu podeliti široko

27 — Ti primeri so naslednji. Prvi, ki izhaja iz člena 1(5) Direktive 89/665, je primer, ko je naročilo sklenjeno, čeprav je oškodovani gospodarski subjekt vložil pravno sredstvo pri naročniku. Drugi, ki izhaja iz člena 2(3) te direktive, je primer, ko je naročnik sklenil naročilo preden je nacionalno sodišče odločalo o predlogu za sprejetje začasne odredbe ali o tožbi. Tretji, ki izhaja iz člena 2a(2) te direktive, je primer, ko je prišlo do sklenitve pogodbe, ki sledi sprejetju odločbe o oddaji naročila, pred potekom minimalnega desetdnevnega roka, ki začne teči z vročitvijo odločbe o oddaji naročila ponudnikom in zadevnim kandidatom. Nazadnje, četrti primer je tisti, ko pogodba nima učinkov iz razlogov, izrecno navedenih v členu 2d(1) iste direktive.

28 — Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je treba za zagotovitev enotne razlage in uporabe določbe, katere različica v enem jeziku Unije odstopa od različic v drugih jezikih, razlagati ne le glede na splošno sistematiko besedila, katerega del je, temveč tudi glede na cilj, ki ga želi uresničiti zakonodajalec Unije (glej zlasti sodbo Endendijk, C-187/07, EU:C:2008:197, točka 22 in naslednje).

diskrecijsko pravico. Izrečno namreč napotuje na besedilo člena 2e(2) Direktive 89/665. V skladu s to določbo lahko države članice temu revizijskemu organu podelijo široko diskrecijsko pravico, da ta ob upoštevanju vseh upoštevni dejavnikov, vključno s težo kršitve, presodi ravnanje naročnika in v primerih iz člena 2d(2) te direktive določi obseg, v katerem mora pogodba ohraniti učinke, da bi lahko, če bi bilo to primerno, odločil, ali je treba skrajšati čas trajanja naročila ali naložiti denarno kazen.

99. Torej je v členu 2d(2) v povezavi s členom 2e(2) Direktive 89/665 določen manevrski prostor, ki ga revizijski organ lahko ima na voljo, ko mora izreči neobstoj učinkov pogodbe, ki je bila sklenjena nezakonito.

100. Glede na zgoraj navedeno se mi zdi, da niti cilj Direktive 89/665 niti besedilo njenega člena 2d ne nasprotujeta temu, da država članica prizna pravico revizijskemu organu, da presodi, v kakšnem obsegu je treba odvzeti učinke pogodbi, ki je bila sklenjena brez predhodne objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije*, če ugotovi, da je kljub objavi obvestila, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* in spoštovanju minimalnega roka odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe, naročnik premišljeno in namerno kršil pravila glede obveščanja in vzpostavitve konkurence, ki so določena v Direktivi 2004/18.

101. Nasprotno, menim, da je taka razlaga nujna, če se želi zagotoviti polni učinek Direktive 89/665 in varstvo temeljnih pravic, ki so priznane gospodarskemu subjektu, ki mu je bilo nezakonito onemogočeno sodelovati v postopku oddaje javnega naročila.

102. V okviru zadeve iz postopka v glavni stvari menim, da mora pristojno nacionalno sodišče presoditi upravičenost razlogov, s katerimi je Ministero dell'Interno utemeljilo oddajo zadevnega naročila na podlagi postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila v *Uradnem listu Evropske unije*.

103. V zvezi s tem želim podati to stališče.

104. Spomnim naj, da je v obravnavani zadevi Ministero dell'Interno ocenilo, da lahko izvede ta postopek na podlagi člena 57(2)(b) zakonske uredbe št. 163/2006, s katerim je bil v italijanski pravni red prenesen člen 28(1)(e) Direktive 2009/81.

105. Spomnim naj, da je na podlagi te določbe navedeni postopek dovoljen, „če je iz tehničnih razlogov ali iz razlogov, ki se nanašajo na varstvo izključnih pravic, naročilo mogoče zaupati le določenemu gospodarskemu subjektu“.

106. V obravnavanem primeru je Ministero dell'Interno menilo, da je bila družba Telecom Italia zaradi tehničnih razlogov in razlogov, ki se nanašajo na varstvo (nekaterih) izključnih pravic, edini gospodarski subjekt, ki je bil sposoben izvesti javno naročilo storitev.

107. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio pa je menilo, da podatki in okoliščine, na katere se je sklicevalo Ministero dell'Interno, niso bili „tehnični razlogi“ v smislu člena 57(2)(b) zakonske uredbe št. 163/2006, temveč da temeljijo na razlogih, ki se nanašajo na primernost in na težave, ki bi lahko nastale, če bi bilo naročilo oddano drugemu gospodarskemu subjektu.

108. Enako je Consiglio di Stato presodilo, da naročnik ni pravno zadostno dokazal, da so bili izpolnjeni pogoji za uporabo postopka s pogajanjem brez objave obvestila o naročilu. V zvezi s tem je menilo, da iz celote navedenih trditev in predložene dokumentacije, vključno s tehničnim poročilom, ni izhajalo, da objektivno ni mogoče zaupati iste storitve različnim gospodarskim subjektom, temveč, da taka rešitev po mnenju Ministero dell'Interno zlasti ni primerna zato, ker bi to zahtevalo spremembe, stroške in čas, potreben za prilagajanje.

109. Res je, da se na podlagi elementov, ki jih imam na razpolago, zdi, da Ministero dell'Interno ni navajalo posebnih tehničnih razlogov niti zahtev glede posebnosti zadevne opreme ali občutljivosti naročila.

110. Razumem, da bi lahko bilo na področju varnosti ali obrambe upravičeno, da se nekatere določbe prava javnih naročil ne uporabijo, saj so nekatera naročila tako občutljiva, da predhodno objavljane in odpiranje konkurence gospodarskim subjektom ne bi bilo primerno. Tako je na primer pri naročilih obveščevalnih služb ali pri naročilih, ki so namenjena protiobveščevalnim dejavnostim. Enako velja za posebej občutljive nakupe, pri katerih je potrebna visoka stopnja tajnosti, kot so nakupi v zvezi z bojem proti terorizmu ali ki so posebej namenjeni občutljivim dejavnostim, ki jih opravljajo organi za javni red in varnost.

111. Vendar se v obravnavani zadevi zdi, da Ministero dell'Interno ni navedlo takih okoliščin. Res je, da je navedlo, da se naročilo nanaša na „zagotavljanje elektronskih komunikacijskih storitev, natančneje storitev govorne telefonije, mobilne telefonije in prenosa podatkov za oddelek za javno varnost in za karabinjere *ob upoštevanju vseh zahtev zaupnosti in varstva informacij v interesu nacionalne varnosti*“.²⁹ Vendar se zlasti ob upoštevanju ugotovitev Tribunale amministrativo regionale per il Lazio in Consiglio di Stato zdi, da Ministero dell'Interno ni utemeljilo občutljivosti naročila in zadevne opreme niti se ni sklicevalo na posebne zahteve v zvezi z na primer varstvom informacij ali varstvom zaupnih ali tajnih informacij, ki bi v interesu nacionalne varnosti dejansko lahko terjale posebno zaščito in posebno izbiro kandidata.

112. Poleg tega sem presenečen nad kronologijo dejanskega stanja in zlasti hitrostjo, s katero je bilo naročilo oddano. V zvezi s tem se torej pridružujem pridržkom, ki jih je Komisija navedla na obravnavi. Iz elementov spisa namreč izhaja, da se je Ministero dell'Interno odločilo obnoviti pogodbo za telefonske storitve, ki je bila sklenjena leta 2003 z družbo Telecom Italia, le petnajst dni pred potekom prejšnjega sporazuma, to je 15. decembra 2011. Poleg tega je iz elementov spisa tudi razvidno, da je bila pogodba podpisana 31. decembra 2011, to je petnajst dni kasneje. Tako ravnanje me preseneča ob upoštevanju pomembnosti te pogodbe za delovanje uprave, časa trajanja navedene pogodbe (sedem let) in njene vrednosti (521.500.000 EUR), razen če štejemo, da je bilo med Ministero dell'Interno in družbo Telecom Italia dogovorjeno, da bo pogodba obnovljena.

113. Nazadnje, menim, da je seveda treba upoštevati dejstvo, da je Ministero dell'Interno javni organ, ki razpolaga z dovolj poučenimi pravnimi svetovalci, tako da ne bi moglo storiti napake pri presoji glede pogojev, v skladu s katerimi je javno naročilo mogoče oddati brez predhodne objave in odpiranja konkurence.

114. V skladu s tem mora pristojno nacionalno sodišče ob upoštevanju vseh elementov, s katerimi razpolaga, preizkusiti, ali je taka napaka upravičena ali pa gre za preiščljeno in namerno kršitev pravil glede oddaje javnih naročil.

115. Glede na vse navedeno zato menim, da je treba člen 2d(4) Direktive 89/665 v povezavi z načelom enakega obravnavanja in pravico do učinkovitega pravnega sredstva razlagati tako, da ne nasprotuje temu, da država članica revizijskemu organu prizna pravico, da prosto presodi, v kakšnem obsegu je treba pogodbi, ki je bila sklenjena brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, odvzeti učinke, če ta organ ugotovi, da je kljub objavi obvestila, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* in spoštovanju minimalnega roka odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe, naročnik preiščljeno in namerno kršil pravila glede objavljanja in vzpostavitve konkurence, ki so določena v Direktivi 2004/18.

29 — Moj poudarek.

IV – Predlog

116. Ob upoštevanju zgoraj navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Consiglio di Stato, odgovori:

Člen 2d(4) Direktive Sveta 89/665 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, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007, v povezavi z načelom enakega obravnavanja in pravico do učinkovitega pravnega sredstva je treba razlagati tako, da ne nasprotuje temu, da država članica revizijskemu organu prizna pravico, da prosto presodi, v kakšnem obsegu je treba pogodbi, ki je bila sklenjena brez predhodne objave obvestila o naročilu v *Uradnem listu Evropske unije*, odvzeti učinke, če ta organ ugotovi, da je kljub objavi obvestila, ki izraža njegovo namero o sklenitvi pogodbe, v *Uradnem listu Evropske unije* in spoštovanju minimalnega roka odloga desetih dni, ki mora preteči med oddajo naročila in podpisom pogodbe, naročnik premišljeno in namerno kršil pravila glede objavljanja in vzpostavitve konkurence, ki so določena v Direktivi 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev.