

Zadeva C-274/21

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

28. april 2021

Predložitveno sodišče:

Bundesverwaltungsgericht (Avstrija)

Datum predložitvene odločbe:

22. april 2021

Predlagateljica:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Nasprotni stranki:

Republika Avstrija

Bundesbeschaffung GmbH

Predmet postopka v glavni stvari

Postopek za izdajo začasne odredbe v okviru revizije ene ali več odločitev, sprejetih v postopku oddaje javnega naročila

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga Direktive 89/665/EGS in Uredbe (EU) št. 1215/2012; skladnost nacionalnih predpisov o taksah za pravno varstvo v okviru postopka pred Bundesverwaltungsgericht (zvezno upravno sodišče, v nadaljevanju BVwG) za izdajo začasnih odredb in posledice neplačila teh taks; člen 267 PDEU

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali je postopek za izdajo začasne odredbe, določen v členu 2(1)(a) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, ki je v Avstriji

na nacionalni ravni predviden tudi pred Bundesverwaltungsgericht (zvezno upravno sodišče), pri čemer se v tem postopku lahko na primer uveljavlja tudi začasna prepoved sklenitve okvirnih sporazumov ali sklenitve pogodb o dobavi blaga, spor o civilnih in gospodarskih zadevah v skladu s členom 1(1) Uredbe (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju: Uredba št. 1215/2012)? Ali je tak postopek za izdajo začasnih odredb v skladu z zgornjim vprašanjem vsaj civilna zadeva v skladu s členom 81(1) Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU)? Ali je postopek za izdajo začasnih odredb v skladu s členom 2(1)(a) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, postopek za izdajo začasnih ukrepov v skladu s členom 35 Uredbe (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah?

2. Ali je treba načelo enakovrednosti ob upoštevanju drugih določb prava Unije razlagati tako, da posamezniku podeljuje subjektivne pravice v razmerju do države in nasprotuje uporabi avstrijskih nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora sodišče pred obravnavo predloga za izdajo začasnih odredb, kot je določeno v členu 2(1)(a) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, ugotoviti vrsto postopka oddaje javnega naročila in (ocenjeno) vrednost naročila ter vse izpodbijane odločitve, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, iz konkretnega postopka oddaje javnega naročila, ki se izpodbijajo, oziroma po potrebi tudi sklope konkretnega postopka oddaje javnega naročila, da nato predsednik pristojnega senata sodišča po potrebi izda zahtevo za dopolnitev zaradi naknadnega doplačila taks in v primerih neplačila taks pred ali najpozneje ob zavrženju predloga za izdajo začasnih odredb zaradi neplačanih taks predlagateljici naloži takse prek sodnega senata, pristojnega za zahtevek za revizijo, sicer izgubi pravico, da od predlagateljice zahteva plačilo taks, če v (drugih) civilnih zadevah v Avstriji, kot na primer pri odškodninskih tožbah ali tožbah za opustitev zaradi kršitve konkurence, neplačilo taks sicer ne preprečuje obravnave predloga za izdajo začasnih odredb, vloženega v povezavi s tožbo, ne glede na vprašanje taks za pravno varstvo, ki se dolgujejo v kakršnem koli obsegu, niti se zaradi neplačila pavšalnih taks načeloma ne prepreči obravnava predlogov za izdajo začasnih odredb, vloženih pri civilnih sodiščih ločeno od tožbe; in še za primerjavo: v Avstriji neplačilo taks za pritožbo v primeru pritožb zoper upravne odločbe ali pa taks za pritožbo oziroma revizijo za pravna sredstva zoper odločitve upravnih sodišč pred Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) ali Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ne pripelje do zavrženja pravnega sredstva zaradi neplačila taks in ne pripelje na primer niti do tega, da se pri teh pritožbenih oziroma revizijskih postopkih predlogi za priznanje odložilnega učinka lahko le zavržejo?

2.1. Ali je treba načelo enakovrednosti ob upoštevanju drugih določb prava Unije razlagati tako, da nasprotuje uporabi avstrijskih nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora predsednik senata kot sodnik posameznik pred obravnavo predloga za izdajo začasnih odredb, kot je določeno v členu 2(1)(a) Direktive 89/665/EGS,

kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, zaradi nezadostnega plačila pavšalnih taks izdati zahtevo za doplačilo taks in mora ta sodnik posameznik zaradi neplačila taks zavreči predlog za izdajo začasne odredbe, če sicer pri civilnih tožbah v Avstriji za predlog za izdajo začasne odredbe, vloženi skupaj s tožbo, v skladu z zakonom o sodnih taksah poleg tožbe na prvi stopnji načeloma ni treba plačati nobenih dodatnih sodnih pavšalnih taks niti ni treba za predloge za priznanje odložilnega učinka, ki se vložijo skupaj s pritožbo zoper odločbo pri upravnem sodišču, revizijo pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ali pritožbo pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) ter imajo funkcionalno gledano enak oziroma podoben cilj pravnega varstva kot predlog za izdajo začasne odredbe, plačati posebne takse za te akcesorne predloge za priznanje odložilnega učinka?

3. Ali je treba zahtevo iz člena 2(1)(a) 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, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/24/EU

da se kar najbolj zgodaj in z začasnimi postopki sprejmejo začasni ukrepi, s katerimi naj bi se odpravile domnevne kršitve ali preprečilo nadaljnje škodovanje zadevnim interesom,

ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da ta zahteva po ukrepanju brez nepotrebnega odlašanja podeljuje subjektivno pravico, da se brez nepotrebnega odlašanja odloči o predlogu za izdajo začasne odredbe in nasprotuje uporabi avstrijskih nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora sodišče tudi pri nepregledno izvedenem postopku oddaje javnega naročila pred obravnavo predloga za izdajo začasne odredbe, s katero naj bi se preprečile nadaljnje nabave naročnika, tudi če to ni pomembno za odločitev v tem smislu, ugotoviti vrsto postopka oddaje javnega naročila in (ocenjeno) vrednost naročila ter vse ločeno izpodbojne odločitve iz določenega postopka oddaje javnega naročila, ki se izpodbijajo oziroma ki jih je treba izpodbijati, oziroma po potrebi tudi sklope konkretnega postopka oddaje javnega naročila, da nato predsednik pristojnega senata sodišča po potrebi izda zahtevo za dopolnitev zaradi naknadnega doplačila taks in v primerih neplačila taks pred ali najpozneje ob zavrženju predloga za izdajo začasne odredbe zaradi neplačanih taks predlagateljici naloži takse prek sodnega senata, pristojnega za odločitev o zahtevku za revizijo, sicer izgubi pravico, da od predlagateljice zahteva plačilo taks?

4. Ali je treba pravico do poštenega sojenja pred sodiščem v skladu s členom 47 Listine (= Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (2012/C 326/02), 26. 10. 2012, Uradni list Evropske unije 326/391) ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da posameznikom podeljuje subjektivne pravice in nasprotuje uporabi avstrijskih nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora sodišče tudi, če to ni pomembno za odločitev, pri nepregledno izvedenem postopku oddaje javnega naročila pred obravnavo predloga za izdajo začasne odredbe, s katero naj bi se preprečile nadaljnje nabave naročnika, ugotoviti vrsto postopka oddaje javnega naročila in (ocenjeno) vrednost naročila

ter vse ločeno izpodbojne odločitve iz določenega postopka oddaje javnega naročila, ki se izpodbijajo, oziroma po potrebi tudi sklope konkretnega postopka oddaje javnega naročila, da nato predsednik pristojnega senata sodišča po potrebi izda zahtevo za dopolnitev zaradi naknadnega doplačila taks in v primerih neplačila taks pred ali najpozneje ob zavrženju predloga za izdajo začasne odredbe zaradi neplačanih taks predlagateljici naloži takse prek sodnega senata, pristojnega za odločitve o zahtevku za revizijo, sicer izgubi pravico, da od predlagateljice zahteva plačilo taks?

5. Ali je treba načelo enakovrednosti ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da posameznikom podeljuje subjektivne pravice v razmerju do države članice in nasprotuje uporabi avstrijskih nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora (zgolj) sodni senat upravnega sodišča kot sodni organ v primeru neplačila pavšalnih taks za predlog za izdajo začasne odredbe v smislu Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena, naložiti pavšalne takse (s posledičnimi zmanjšanimi možnostmi pravnega varstva za zavezanca za plačilo takse), če se sicer takse za tožbe, začasne odredbe in pravna sredstva v civilnem postopku v primeru neplačila naložijo s sklepom v skladu z Gerichtlichem Einbringungsgesetz (zakon o izterjavi sodnih stroškov), takse za pravna sredstva v upravnem pravu za pritožbe pri upravnem sodišču oziroma Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) oziroma takse za revizijo pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) pa se v primeru njihovega neplačila na splošno naložijo s sklepom davčne uprave, zoper katerega (sklep o naložitvi taks) je vedno mogoče vložiti pravno sredstvo pri upravnem sodišču in nato še revizijo pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ali pritožbo pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče)?

6. Ali je treba člen 1(1) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, ob upoštevanju drugih določb prava Unije razlagati tako, da je sklenitev okvirnega sporazuma z enim samim gospodarskim subjektom v smislu člena 33(3) Direktive 2014/24/EU sklenitev pogodbe v smislu člena 2a(2) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU?

6.1. Ali je treba besedilo v členu 33(3) Direktive 2014/24/EU „naročila na podlagi navedenega sporazuma“ razlagati tako, da gre za naročilo na podlagi okvirnega sporazuma, če naročnik odda posamezno naročilo izključno na podlagi sklenjenega okvirnega sporazuma? Ali pa je treba zgoraj navedeno besedilo „naročila na podlagi navedenega sporazuma“ razlagati tako, da če je celotna vrednost okvirnega sporazuma že izčrpana v smislu sodbe Sodišča v zadevi C-216/17, točka 64, ne gre več za naročilo, ki temelji na prvotno sklenjenem okvirnem sporazumu?

7. Ali je treba pravico do poštenega sojenja pred sodiščem v skladu s členom 47 Listine (= Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (2012/C 326/02), 26. 10. 2012, Uradni list Evropske unije 326/391) ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da nasprotuje uporabi predpisa, v skladu s katerim mora naročnik, ki je bil imenovan v sporu o javnih naročilih, v postopku

za izdajo začasne odredbe predložiti vse potrebne informacije in dokumentacijo (sicer obstaja možnost zamudne sodbe v njegovo škodo), če so odgovorne osebe ali zaposleni tega naročnika, ki morajo te informacije predložiti v imenu naročnika, s tem izpostavljeni tveganju, da bi se morda celo kazensko samoobtožili, če bi predložili informacije ali dokumentacijo?

8. Ali je treba zahtevo iz člena 1(1) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/24/EU,

da se morajo revizijski postopki izvajati predvsem učinkovito, z dodatnim upoštevanjem pravice do učinkovitega pravnega sredstva v skladu s členom 47 Listine in ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da ti predpisi podeljujejo subjektivne pravice in nasprotujejo uporabi nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora predlagateljica izdaje začasne odredbe, ki išče pravno varstvo, v svojem predlogu za izdajo začasne odredbe opredeliti konkreten postopek oddaje javnega naročila in konkretno odločitev naročnika, tudi če ta predlagateljica pri postopku oddaje javnega naročila brez predhodne objave praviloma ne bo vedela, koliko nepreglednih postopkov oddaje javnega naročila je naročnik izvedel in koliko odločitev o oddaji naročila je bilo v nepreglednem postopku oddaje javnega naročila že sprejetih?

9. Ali je treba zahtevo po poštenem sojenju pred sodiščem v skladu s členom 47 Listine ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da ta določba podeljuje subjektivne pravice in nasprotuje uporabi nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora predlagateljica zahtevka za revizijo, ki išče pravno varstvo, v svojem predlogu za izdajo začasne [odredbe] opredeliti konkreten postopek oddaje javnega naročila in konkretno odločitev naročnika, ki jo je mogoče ločeno izpodbijati in se tudi izpodbija, tudi če ta predlagateljica v okviru zanj nepreglednega postopka oddaje javnega naročila brez predhodne objave na splošno ne more vedeti, koliko nepreglednih postopkov oddaje javnega naročila je naročnik izvedel in koliko odločitev o oddaji naročila v nepreglednem postopku oddaje javnega naročila je že sprejel?

10. Ali je treba zahtevo po poštenem sojenju pred sodiščem v skladu s členom 47 Listine ob upoštevanju drugih predpisov prava Unije razlagati tako, da ta določba podeljuje subjektivne pravice in nasprotuje uporabi nacionalnih predpisov, v skladu s katerimi mora predlagateljica izdaje začasne odredbe, ki išče pravno varstvo, plačati pavšalne takse, katerih višina ji ni vnaprej znana, ker predlagateljica v okviru zanjo nepreglednega postopka oddaje javnega naročila brez predhodne objave na splošno ne more vedeti, ali je naročnik izvedel nepregledne postopke oddaje javnega naročila in koliko jih je izvedel ter kakšna je bila ocenjena vrednost naročila ter koliko odločitev o oddaji naročila, ki jih je mogoče ločeno izpodbijati, je že sprejel v nepreglednem postopku oddaje javnega naročila?

Navedeni predpisi prava Unije

Pogodba o delovanju Evropske unije (PDEU), zlasti člen 81(1)

Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (v nadaljevanju: Uredba 1215/2012), zlasti člen 1(1), člen 35.

Direktiva 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, zlasti člen 1(1), člen 2(1)(a), člen 2a(2)

Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES, zlasti člen 33(3)

Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, zlasti člen 47

Navedeni nacionalni predpisi

BundesvergabeGesetz 2018 (zvezni zakon o javnem naročanju iz leta 2018, v nadaljevanju: BVergG), BGBl. I, 2018/65, zlasti členi 2, 31, 46, 142 in naslednji, 334, 336, 340 in naslednji, 344, 350, 353, 354, 356, 382

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (splošni zakon o upravnem postopku, v nadaljevanju: AVG), zlasti njegova člena 49 in 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 (uredba o pavšalnih taksah v javnem naročanju iz leta 2018), BGBl II 2018/212 (v nadaljevanju: uredba o pavšalnih taksah)

Zgoraj navedene določbe BVergG in uredbe o pavšalnih taksah je mogoče povzeti tako:

- Pogoj za zahtevke za revizijo, vložene pred oddajo naročila, s katerimi se odločitve naročnikov, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, razglasijo za nične, torej razveljavijo v smislu Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena, je, da naročilo še ni bilo oddano v okviru postopka oddaje javnega naročila. Če je bilo naročilo oddano, je mogoča samo še ugotovitevna tožba.
- Zahtevki za revizijo se lahko nanašajo samo na razglasitev ničnosti odločitve, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno, pri čemer je treba to, kaj vsakič pomeni odločitev, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno, razbrati iz tozadavnega seznama iz člena 2, točka 15(a), BVergG glede na vrsto postopka oddaje naročila.
- Neposredne oddaje javnega naročila, kot je določeno v členu 46 BVergG, so trenutno dopustne do zneska 100.000 EUR na podlagi uredbe o določitvi zneska.

- Izdaja začasne odredbe, kot je določeno v členu 350 in naslednjih BVergG (v pravu Unije pa v členu 2 Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU), je dopustna samo za zavarovanje zahtevkov za revizijo, vloženih zoper odločitve, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, iz konkretnih postopkov oddaje javnega naročila. Po oddaji javnega naročila izdaja začasne odredbe na podlagi člena 351 BVergG ni dopustna.
- Člena 344(1) in 350(2) BVergG določata, da mora predlagateljica opredeliti postopek oddaje javnega naročila in izpodbijane odločitve naročnika, pri čemer mora biti mogoče te odločitve ločeno izpodbijati glede na seznam iz člena 2, točka 15, BVergG.
- Kot izhaja iz členov 344(1) in (2) ter 350(2) BVergG, je treba zahtevek za revizijo in predlog za izdajo začasne odredbe, vložen za zavarovanje tega zahtevka, načeloma vedno vložiti v zvezi z eno samo odločitvijo naročnika.
- Za zahtevke za revizijo, ki se nanašajo na neposredno oddana javna naročila, se za postopek neposredne oddaje javnega naročila in za odločitev, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno, plača pavšalna taksa v višini 324 EUR. Za dodatni predlog za izdajo začasne odredbe znaša taksa dodatnih 50 % te takse, torej 486 EUR (na neposredno oddano javno naročilo).

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka

- 1 Vsaka od nasprotnih strank je jeseni 2020 sklenila (vsaj) 15 okvirnih sporazumov o dobavi antigenskih testov za odkrivanje Covid-19 po postopku s pogajanjem brez predhodne objave. Ti okvirni sporazumi so bili vedno sklenjeni z enim samim gospodarskim subjektom (člen 33(3) Direktive 2014/24/EU).
- 2 Predlagateljica je 1. decembra 2020 pri predložitvenem sodišču vložila tožbo, v kateri nasprotnima strankama očita, da sta 21 okvirnih sporazumov za dobavo antigenskih testov za Covid-19 v vrednosti 3 milijone EUR sklenili nepregledno. To in posamezna naročila, izvedena v okviru teh okvirnih sporazumov, naj bi bili v njeno škodo v nasprotju s pravom javnih naročil.
- 3 BvwG (zvezno upravno sodišče) je predlagala, naj začne revizijski postopek v zvezi z zakonitostjo izbranega postopka oziroma postopkov oddaje javnega naročila, povabil k oddaji ponudbe v okviru postopkov s pogajanjem brez predhodne objave ter druga načrtovana posamezna naročila oziroma druge načrtovane javne razpise na podlagi okvirnih sporazumov družbe Bundesbeschaffung GmbH (v nadaljevanju: BBG) in naj razglasi več odločitev nasprotnih strank za nične.
- 4 Predlagateljica je 1. decembra 2020 vložila še predlog za izdajo začasne odredbe, s katero naj BVwG (zvezno upravno sodišče) nasprotnima strankama prepove nadaljevanje postopka oziroma postopkov oddaje javnega naročila ter sklenitev dobavnih pogodb prek neposredno oddanih naročil ter posameznih naročil oziroma javnih razpisov na podlagi okvirnega sporazuma družbe BBG v zvezi z

dobavo antigenskih testov ter izvedbo postopka s pogajanji brez predhodne objave za dobavo antigenskih testov, dokler traja revizijski postopek.

- 5 Že 1. decembra 2020 je BVwG izdalo zahtevo za dopolnitev, saj na podlagi vlog ni bilo jasno, katere konkretne odločitve, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, iz katerih postopkov oddaje javnega naročila je hotela predlagateljica razglasiti za nične in glede katerih konkretnih postopkov oddaje javnega naročila je predlagala izdajo začasne odredbe s konkretno vsebino.
- 6 Z vlogo z dne 7. decembra 2020 je predlagateljica sporočila, da izpodbija samo eno odločitev nasprotnih strank, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno, v zvezi z enim postopkom oddaje javnega naročila, in sicer odločitev o izbiri postopka oddaje javnega naročila, s katerim so bili naročeni dodatni „antigenski testi za SARS-Cov-2 (Covid-19)“ za množično testiranje v Avstriji.
- 7 V vlogi z dne 9. decembra 2020 je pojasnila, da se njen zahtevek za revizijo ne nanaša na okvirne sporazume, ki jih je sklenila družba BBG, temveč na nedopustnost posameznega naročila Republike Avstrije na podlagi okvirnega sporazuma, saj je bila vrednost posameznega naročila v okvirnih sporazumih, sklenjenih z družbo BBG, omejena na 3 milijone EUR. Posamezno naročilo, ki to presega, naj bi bilo torej neposredno oddano naročilo, ki je z vidika prava javnih naročil nedopustno. Navedla je tri podjetja, v zvezi s katerimi izpodbija vsakokratno odločitev za javno naročilo oziroma dodatno posamezno naročilo na podlagi okvirnega sporazuma.
- 8 BVwG (zvezno upravno sodišče) je pridobilo stališče predlagateljice o pavšalnih taksah, ki jih je treba plačati. Predlagateljica je pojasnila, da ni izpodbijala sklenitve 21 okvirnih sporazumov družbe BBG, ampak to, da je Republika Avstrija neposredno oddala naročilo za dodatne milijone antigenskih testov SARS-CoV-2 (COVID-19) (predvidoma dva milijona). Popolnoma izključeno naj bi bilo, da bi se taksa, ki jo je treba plačati, izračunala na podlagi skupne vrednosti 21 okvirnih sporazumov. Upoštevati naj bi bilo treba le vrednost izvedenih oziroma predvidenih naročil.
- 9 Predlagateljica je predložitvenemu sodišču predlagala, naj podrobno ugotovi, kateri postopki oddaje javnega naročila in katere izpodbijne odločitve javnega naročnika obstajajo, čeprav trditveno breme glede opredelitve postopka oziroma postopkov oddaje naročila in vsakokrat izpodbijane odločitve javnega naročnika v skladu z BVergG nosi predlagateljica.
- 10 Predlagateljica je v vlogi z dne 5. januarja 2021 navedla, da ji gre zdaj izključno za posamezna naročila na podlagi okvirnih sporazumov, sklenjenih s podjetjema S in I, od 20. novembra 2020, pri čemer to iz vloge, s katero se je začel postopek, z dne 1. decembra 2020 še ni bilo razvidno. Pri tem je izhajala iz tega, da je bila vrednost posameznih naročil na podlagi okvirnih sporazumov, sklenjenih s podjetjem S in I, prekoračena. Večkrat je navedla, da želi v tem smislu posamezna naročila, s katerimi je bila prekoračena ocenjena vrednost naročila posameznega

okvirnega sporazuma, izpodbijati kot „neposredno oddano naročilo“ (v smislu opredelitev iz nacionalnega BVergG). Vprašanje, ali bi predlagateljica lahko objektivno v smislu nacionalne sodne prakse torej imela v mislih postopke s pogajanjem brez predhodne objave, bo BVwG (zvezno upravno sodišče) še preučilo.

- 11 Kar zadeva prepoved samoobtožbe, je treba glede dejanskega stanja pojasniti, da so bili glede na časopisni članek očitno ovadeni člani zvezne vlade (v smislu člena 80 zakonika o kazenskem postopku). Pristojno državno tožilstvo je potrdilo vložitev kazenske ovadbe, zaradi česar bo lahko v prihodnje uveden kazenski pregon.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 12 Predlagateljica očita nepreglednost nabave, ker ni znano, ali je družba BBG za sklenitev zadevnega naročila izvedla posamezne ločene postopke oddaje javnega naročila brez predhodne objave z vsakim posameznim podjetjem ali pa en sam postopek z vsemi podjetji. Zato naj bi morala pri opredelitvi postopka oddaje javnega naročila upoštevati tudi morebitne postopke s pogajanjem brez predhodne objave in posledično morebitne javne razpise zaradi obstoječih okvirnih sporazumov. Kot je izčrpno opisano v zahtevku za revizijo, naj bi šlo pri odločitvi, ki jo predlagateljica izpodbija, *de facto* za eno konkretno odločitev nasprotnih strank, in sicer odločitev, da se neformalno naroči več milijonov kosov antigenskih testov SARS-CoV-2 (Covid-19) (brez kakršne koli pravne podlage na področju javnega naročanja).
- 13 Zaradi grobe kršitve načela preglednosti na področju prava javnih naročil naj predlagateljica ne bi imela na voljo niti obvestila o javnem naročilu niti dokumentacije postopka oddaje javnega naročila. Šlo naj bi bolj za obliko neposredne oddaje večmilijonskega naročila, ki naj formalno gledano ne bi smela biti prikrita oziroma to ne bi smelo biti mogoče.
- 14 Za namene učinkovitega pravnega varstva naj ne bi bilo nujno, da je natančna opredelitev postopka oddaje javnega naročila znana. Ob nabavi blaga v višini dvomestne milijonske številke brez obvestila o javnem naročilu, brez ostalih zagotovljenih informacij, ki bi bile predlagateljici na voljo (kot je na primer razpisna dokumentacija) in samo na podlagi seznanjenosti z informacijami iz medijev, bremena konkretne opredelitve postopka oddaje javnega naročila nikakor ne more nositi predlagateljica. To naj bi v obravnavanem primeru, zlasti zaradi grobe kršitve načela preglednosti, pomenilo izvotlitev učinkovitega pravnega varstva.
- 15 Razlaga določb BVergG 2018, v skladu s katero bi predlagateljica morala navesti natančno število in natančno opredeliti postopek oziroma postopke oddaje javnega naročila ter navesti odločitve nasprotne stranke, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, brez vsakršne možnosti, da se z njimi seznanijo zaradi nepreglednosti na strani nasprotne stranke, bi bila v nasprotju z zahtevami učinkovitega pravnega varstva, določenih v ustaljeni sodni praksi Sodišča.

- 16 Nasprotni stranki izpodbijata aktivno procesno legitimacijo predlagateljice in predlagata, naj se predlogi za izdajo začasnih odredb zavrnejo, podredno pa zavijejo.
- 17 Ker mora glede na jasno zakonsko besedilo člena 344 BVergG 2018, v skladu s katerim mora predlog na podlagi člena 342(1) BVergG 2018 vsebovati opredelitev zadevnega postopka oddaje javnega naročila in izpodbijano odločitev, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno, naj bi bila predlagateljica vsekakor dolžna natančno opredeliti izpodbijano odločitev že v predlogu, zato naj na podlagi sodne prakse Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) BVwG (zvezno upravno sodišče) nikakor ne bi bilo treba ugotavljati dejanskega stanja.
- 18 Po mnenju nasprotnih strank predlogi predlagateljice niso utemeljeni, njihov namen pa ni uveljavljanje subjektivne pravice ponudnika. Zato naj bi bili nedopustni.

Kratka predstavitev obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 19 V obravnavani zadevi se BVwG (zvezno upravno sodišče) sooča s položajem, v katerem je predlagateljica predmet izpodbijanja in zahtevk za zavarovanje opredelila različno.
- 20 V Avstriji je treba pavšalne takse plačati glede na število izpodbijanih odločitev, ki izhajajo iz določenega postopka oddaje javnega naročila, in glede na postopek oddaje javnega naročila, ki je predmet zahtevka za revizijo in predloga za izdajo začasnih odredb.
- 21 V skladu s sodno prakso Verwaltungsgerichtshof (ustavno sodišče) BVwG ne more z nacionalnega vidika te ureditve taks ugoditi, zavreči ali zavrniti niti zahtevka za revizijo niti predloga za izdajo začasnih odredb oziroma ustaviti postopek po umiku vsakokratne zahteve za pravno varstvo, dokler se ne plačajo pavšalne takse oziroma se s sklepom ne naložijo dolgovane pavšalne takse, saj se pavšalnih taks, ki jih je treba vsakokrat plačati, po odločitvi o zahtevi za pravno varstvo, ne sme več naložiti. Plačilo ustreznih taks je torej pogoj za meritorno odločitev.
- 22 Če se dolgovane pristojbine ne naložijo, bi se lahko štelo, da so odgovorne osebe sodišča nezakonito in krivdno povzročile premoženjsko škodo, ki je nastala proračunu.
- 23 Pravila o tovrstni zapadlosti oziroma zastaranju taks za pravno varstvo, ki je omejeno na trajanje postopka, so sicer avstrijskemu zveznemu pravnemu redu tuja. Sicer na splošno veljajo bistveno daljši roki za možnost naložitve plačila (na primer v civilnopravnih zadevah 5 let ali v primeru revizij pred Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) 3 leta).

- 24 Tako je zlasti pri nepreglednih nabavah, kot so tu obravnavane, pred naložitvijo taks potrebno zelo obsežno ugotavljanje dejanskega stanja, ki pri reševanju zahtev za pravno varstvo kot takih včasih sploh ne bi bilo potrebno.
- 25 Predlagateljica v okviru takih zanjo nepreglednih nabav včasih ob vložitvi svoje zahteve za pravno varstvo (kar sproži plačilo taks) sploh ne more vedeti, koliko bo nazadnje morala plačati iz naslova pavšalnih taks glede na to, koliko neposredno oddanih naročil ali pa postopkov s pogajanjem brez predhodne objave dejansko bo in koliko odločitev, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, bo pri tem izdanih.
- 26 Poleg tega mora BVwG (zvezno upravno sodišče) z vidika predpisov o taksah tudi ugotoviti, ali je predlagateljica z enkratno ali večkratno spremembo svojih zahtev za pravno varstvo morda umaknila svojo zahtevo, zaradi česar bi se lahko pavšalne takse naknadno znižale vsakič za 25 % na zahtevo za pravno varstvo, za katero je treba plačati takso. Oziroma je treba tudi ugotoviti, ali je morda v resnici predložil nove dodatne zahteve za pravno varstvo.
- 27 V zvezi s tem v skladu s sodno prakso Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ni (primarno) pomembno na primer, da predlagateljica opredeli postopek oddaje javnega naročila, ampak je pomembno, na kaj se zahteva vsebinsko nanaša, ker se s tem določi strošek postopka in morebitna korist.
- 28 Pri izpodbijanju v zvezi z naročili blaga (na primer antigenskih testov) z ocenjeno vrednostjo naročila v višini treh milijonov v okvirnem sporazumu pri treh izpodbijanih odločitvah, vključno s predlogi za izdajo začasne odredbe, pri osrednjih javnih naročnikih, kot je Republika Avstrija, in 21 zatrjevanih dejanskih stanjih iz okvirnega sporazuma, bi pavšalne takse znašale 1.061.424 EUR.
- 29 Predlagateljica je do zdaj iz naslova pavšalnih taks plačala 486 EUR.
- 30 V primeru nepreglednih postopkov oddaje javnih naročil in trditev v postopku, podanih s previdnostjo odvetnika zoper na primer 21 postopkov oddaje naročila in trem zaradi tega izpodbijanim odločitvam, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno, ter vrednosti naročila, ki je dvajsetkrat višja od zgornje meje pri naročilih blaga, se stranka, kot je predlagateljica, morda šele z zahtevo za doplačilo taks seznanila z naknadno terjatvijo v višini milijonske pavšalne takse, s katero pred tem ni nujno računala.
- 31 BVwG (zvezno upravno sodišče) mora zdaj v skladu s sodno prakso Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) iz zadeve V 64/2019 najprej, če ni bila plačana ustrezna taksa, izdati zahtevo za doplačilo takse in jih nato, če naknadno zahtevane pavšalne takse niso plačane, naloži z namenom pridobitve izvršilnega naslova, preden lahko na primer do konca odloči o zahtevku za revizijo in predlogih za izdajo začasne odredbe, opisanih v primeru.
- 32 Pri tem je pojasnjeno, da v skladu z besedilom nacionalnega zakona obveznost plačila taks prav tako ne odpade, če je treba zahtevke za revizijo in predloge za izdajo začasne odredbe zavreči zaradi neplačila taks.

- 33 Le odločitve iz določenega postopka oddaje javnega naročila, ki jih je mogoče ločeno izpodbijati, se lahko v skladu z BVergG razveljavijo v smislu Direktive 89/665/EGS, kot je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, in razglasijo za nične v smislu terminologije, ki jo uporablja navedeni zakon.
- 34 V obravnavanem primeru pridejo torej v poštev bodisi pri postopku neposredne oddaje naročila v skladu z BVergG *odločitev za neposredno oddano naročilo* bodisi v primeru postopka s pogajanjem brez predhodne objave za sklenitev okvirnega sporazuma z enim gospodarskim subjektom/podjetnikom odločitve naročnika, ki so v zvezi s tem našteje v členu 2, točka 15(a).
- 35 Zato mora predlagateljica v zahtevku za revizijo in v temu pripadajočem predlogu za izdajo začasne odredbe opredeliti postopek oddaje javnega naročila in odločitev, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno. V primeru več „izpodbijanih“ postopkov oddaje javnega naročila mora biti jasno, katera odločitev, ki jo je mogoče izpodbijati ločeno, iz katerega postopka se izpodbija.
- 36 V primeru okvirnega sporazuma, ki je bil v postopku s pogajanjem brez predhodne objave sklenjen z enim samim podjetnikom/gospodarskim subjektom, je zadnja odločitev, ki jo v zvezi s tem lahko izpodbijajo konkurenti izbranega podjetnika, odločitev, s katerim podjetnikom se naj sklene okvirni sporazum.
- 37 V skladu s tem v primeru nepregledne oddaje javnega naročila osebi, ki išče pravno varstvo, na podlagi Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, ostane le še pravno sredstvo, ki je značilno za javna naročila, in sicer ugotovitveni zahtevek.
- 38 Če bi glede na dokaze dejansko šlo za neposredno oddana naročila v smislu člena 31(11) BVergG, je z zahtevkom za revizijo mogoče izpodbijati samo izbiro postopka za neposredno oddajo naročila.
- 39 Glede zahtevkov za revizijo se BVwG (zvezno upravno sodišče) konkretno najprej sprašuje, ali je pravno varstvo s tovrstnimi obveznostmi opredelitve postopka oddaje javnega naročila v zahtevkih za revizijo in predlogih za izdajo začasne odredbe v primeru postopka oddaje javnega naročila, ki je za predlagateljico nepregleden, temu primerno enakovredno, učinkovito in pošteno.
- 40 Če v pravu Unije za te obveznosti opredelitve ni podlage in so torej neveljavne oziroma neupoštevne, bi si bilo mogoče predstavljati, da je mogoče v tem smislu sprejeti, da BVwG (zvezno upravno sodišče) postane pristojno za ugotavljanje dejanskega stanja in razglasitev ničnosti določljivih odločitev javnega naročnika iz konkretnih postopkov oddaje javnega naročila, ki bi jih lahko razveljavilo pred oddajo javnega naročila. Če pa so sporne obveznosti opredelitve v skladu s pravom Unije, mora BVwG (zvezno upravno sodišče) zahtevek in predloge zaradi manjkajoče opredelitve po postopku za dopolnitev po potrebi zavreči.

Načeli enakovrednosti in učinkovitosti

- 41 Materialno pravo javnih naročil kot vsota pravil, ki predvsem urejajo, kako morajo naročniki, ki jih zavezuje pravo javnih naročil, in podjetniki, ki so zainteresirani za opravljanje storitev, ravnati pred oddajo javnega naročila, je v skladu s tu zastopanim stališčem kot pravo, ki ureja sklepanje pogodb, posebno civilno pravo in torej spada na področje uporabe Uredbe 1215/2012
- 42 V členu 25 Uredbe 1215/2012 je predvidena možnost dogovora o sodni pristojnosti, s katerim se utemelji sodna pristojnost. Avstrijsko Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) je na področju javnih naročil na podlagi nacionalnega procesnega prava izključilo dogovor o sodni pristojnosti. Iz tega naj bi bilo mogoče sklepati, da pravo javnih naročil, ki je v Avstriji urejeno v BVerwG, ni civilno pravo.
- 43 Ali gre pri materialnem pravu na področju javnih naročil za civilno pravo (prvo vprašanje za predhodno odločanje), je vprašanje za predhodno odločanje, povezano z načelom enakovrednosti.
- 44 V vsakem primeru Bundesverwaltungsgericht (zvezno upravno sodišče) na podlagi mednarodne primerjave izhaja iz tega, da pravo javnih naročil spada pod civilno pravo (BVerwG 2. 5. 2007, BVerwG 6 B 10.07 z dodatnimi dokazi).
- 45 Ker se lahko z začasnimi odredbami, kot določata Direktiva 89/665/EGS v trenutno veljavni različici in tudi nacionalni BVerwG, možnosti sklenitve pogodbe časovno zelo omejijo, se tu zastopa stališče, da je tudi postopek izdaje začasne odredbe v skladu s členom 2(1)(a) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, postopek o civilnopravnih zahtevkih v smislu ESČP 15. 10. 2009, 15BSW 17056/06 Micaleff/Malta.
- 46 Načelo enakovrednosti v pravu Unije zahteva, da izvajanje pravic, podeljenih s pravom Unije, ne sme biti nerazumno težavnejše od izvrševanja pravic, ki izhajajo iz nacionalnega pravnega reda.
- 47 Pravo Unije torej z načelom enakovrednosti prepoveduje postopkovnopravno diskriminacijo v okviru pravnega uveljavljanja pravic, ki izhajajo iz prava Unije, v primerjavi s postopkovnimi pravili, če se z njimi uveljavljajo samo pravice, pridobljene v celoti na podlagi nacionalnega prava.
- 48 V civilnopravnih sporih, ki se začnejo s tožbo, vloženo na prvi stopnji pri okrožnem ali deželnem sodišču, se pavšalne takse plačajo glede na vrednost spora, ki je tožeči stranki, ki je primerljiva s predlagateljico na področju prava javnih naročil, na splošno vnaprej znana. Tožeča stranka torej ve, s katerimi taksami mora računati.
- 49 Medtem ko je treba v skladu z BVerwG za predlog za izdajo začasne odredbe na podlagi člena 340(1), točka 4, plačati pavšalno takso v višini 50 % taks, ki se plačajo za zahtevke za revizijo, čeprav se začasna odredba predlaga v povezavi z

zahtevki za revizijo, s katerimi se začne postopek, se pri civilnih sodiščih v Avstriji za tovrstnečasne odredbe, ki se predlagajo v povezavi s tožbo, ne plača nobena pavšalna taksa, čeprav je za tožbo načeloma določena obveznost plačila takse.

- 50 Vendar se tu zdi bistveno, da pri pavšalnih taksah, določenih z zakonom o sodnih taksah za tožbe in predloge za izdajočasne odredbe, že plačana taksa ni pogoj za meritorno odločitev in da zahtevk države iz naslova taks s tem ne ugasne.
- 51 Drugače od pavšalnih taks, ki jih določa BVergG, se pavšalne sodne takse, če niso bile plačane, naložijo z upravnim sklepom, ne da bi to imelo kakršen koli vpliv na obravnavo tožbe ali predloga za izdajočasne odredbe.
- 52 Zoper sklep o naložitvi plačila takse je v skladu s tem mogoče vložiti pritožbo pri BVwG (zvezno upravno sodišče) kot sodišču z neomejeno pristojnostjo. Zoper te odločbe BVwG (zvezno upravno sodišče) o taksah se lahko nato vložijo revizija pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ali pritožba pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče).
- 53 V tem smislu so predlagatelji zahtevka za revizijo in predlogov za izdajočasne odredbe pri BVwG (zvezno upravno sodišče), ki v skladu z Direktivo 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, sprožijo postopek pravnega varstva, predpisanega s pravom Unije, v veliko slabšem položaju v primerjavi s povsem nacionalnim postopkom pravnega varstva.
- 54 Za predlog za izdajočasne odredbe, ki se pri BVwG (zvezno upravno sodišče) načeloma vložijo skupaj z zahtevkom za revizijo, je treba drugače kot v civilnem postopku v vsakem primeru vedno plačati dodatne pavšalne takse.
- 55 Zahtevk za revizijo in predlog za izdajočasne odredbe se v skladu z BVergG zavrzeta, če predlagateljica ne plača pavšalnih taks v višini iz zahteve za doplačilo taks, za katere sodišče meni, da jih dolguje; že samo če ne plača taks, izgubi pravico do vsebinske obravnave njene zahteve za pravno varstvo. Zahtevka za revizijo ali predloga za izdajočasne odredbe se v skladu z BVergG ne sme zavreči iz drugih razlogov, razen neplačila taks, pred naložitvijo plačila taks, tudi če bi bila zadeva zrela za odločitev. Zlasti so naročniki, na katere se nanašajo predlogi za izdajočasne odredbe z zakonskim odložilnim učinkom, morebiti postavljeni v slabši položaj zato, ker je treba najprej odločiti o vprašanju taks – pri čemer lahko sodnik potencialno odgovarja, če ne naloži plačila pavšalnih taks –, preden je mogoče odločiti o predlogih za izdajočasne odredbe.
- 56 Če v skladu z BVergG pavšalno takso naloži BVwG (zvezno upravno sodišče) kot sodni organ, predlagateljica nima kot sicer pravice do pritožbe pri upravnem sodišču, ki ima neomejeno pristojnost, ampak ji ostane le revizija pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče), kjer se vprašanja presoje dokazov lahko obravnavajo le zelo omejeno, ali pa pravica do pritožbe pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče), ki jo je načeloma mogoče vložiti le

zaradi uporabe nezakonitih splošnih abstraktnih pravil ali pa zaradi neustavne uporabe prava v posameznem primeru.

- 57 Ne glede na tu zastopano stališče, da je treba sistem taks za civilne tožbe in z njimi povezane predloge za izdajo začasnih odredb ter sistem taks za zahteve za revizijo, ugotovitvene zahteve in predloge za izdajo začasnih odredb oblikovati vedno enako ugodno v smislu načela enakovrednosti, ki velja v pravu Unije, je treba zaradi nadaljnje pravne primerjave predstaviti tudi sistem taks v zvezi s pritožbami zoper odločbe pri upravnih sodiščih, revizijami pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) in pritožbami zoper odločbe upravnega sodišča, vložene pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče).
- 58 Tudi tu je treba plačati takse. Če se pri pritožbah zoper odločbe, vložene pri upravnem sodišču, ali pri pritožbah na Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) ali pri revizijah, vloženi pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) vložijo predlogi za priznanje (ali nepriznanje) odložilnega učinka, s čimer se funkcionalno včasih doseže enako kot z začasnimi odredbami, je Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) do zdaj vedno zastopalo stališče, da se za tovrstne predloge, ki se vložijo skupaj s pritožbo ali revizijo, kot akcesorne predloge ne plačajo nobene dodatne pavšalne takse.
- 59 V nobeni od zgoraj navedenih tarifnih ureditev, predstavljenih za upravnoopravno področje, plačilo takse ni pogoj za vsebinsko obravnavo posameznega pravnega sredstva.
- 60 Če se te tri zgoraj opisane takse za pravno sredstvo ne plačajo, jih pristojni davčni urad naloži s sklepom. Zavezanec za plačilo takse ima nato pravico do pritožbe pri Bundesfinanzgericht (zvezno finančno sodišče) kot sodišču z neomejeno pristojnostjo, zoper odločbe Bundesfinanzgericht (zvezno finančno sodišče) pa ponovno obstaja pravica do revizije pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ali pritožbe pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče).
- 61 V skladu z načelom učinkovitosti, ki velja v pravu Unije, nacionalna pravila ne smejo praktično onemogočiti ali čezmerno otežiti uveljavljanja pravic, ki jih priznava pravo Unije na področju javnih naročil. Ta zahteva po učinkovitem pravnem sredstvu je navedena tudi v členu 1 Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, oziroma v členu 47 Listine.
- 62 Direktiva 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, naj bi zagotovila hitre in učinkovite revizijske postopke, ki lahko pripeljejo do razveljavitve odločb naročnika. Začasne odredbe na podlagi te direktive naj bi čim hitreje omogočile sprejetje začasnih ukrepov v zvezi z glavnim zahtevkom za revizijo in razveljavitev.
- 63 V skladu s členom 1(1) te direktive so tudi okvirni sporazumi naročila v smislu te direktive.

- 64 Iz dovolj nepogojnih in dovolj konkretnih določb te direktive izhajajo včasih tudi subjektivne pravice posameznikov, tako na primer Sodišče v zadevi C-391/15.
- 65 V zvezi s tem BVwG (zvezno upravno sodišče) meni, da v pravu Unije obstaja subjektivna pravica, da se o zahtevkih za revizijo in predlogih za izdajo začasne odredbe odloči čim hitreje in neodvisno od vprašanj v zvezi s sodnimi pavšalnimi taksami.
- 66 Glede nacionalnega sistema taks, ki je bil vzpostavljen posebej za pravno varstvo na področju javnih naročil, se BVwG (zvezno upravno sodišče) postavlja vprašanje, ali je lahko v skladu s pravom Unije, učinkovito, pošteno, enakovredno in v smislu hitrega postopka, če pri nepreglednem postopku oddaje javnega naročila ob vložitvi predloga oziroma zahtevka nastane dolg iz naslova sodnih taks, katerih znesek na dan vložitve predloga oziroma zahtevka morebiti še niti ni mogoče poznati.
- 67 Povedano drugače, postavlja se vprašanje, ali je zlasti enakovredno, učinkovito in pošteno oziroma v smislu hitrega revizijskega postopka in postopka za izdajo začasne odredbe, če mora BVwG (zvezno upravno sodišče) celo, če sta zahtevki za revizijo in predlog za izdajo začasne odredbe zrela za odločitev, vendarle na drugi ravni najprej ugotoviti, koliko odločitev je naročnik sprejel in kdaj so bile sprejete in iz koliko postopkov za oddajo javnega naročila in jih predlagateljica ob uvedbi postopka glede na objektivno izraženo voljo izpodbija z zahtevkom za revizijo in s tem povezanim predlogom za izdajo začasne odredbe ter pri koliko zahtevkih za revizijo in z njimi povezanimi predlogi za izdajo začasne odredbe predlagateljica glede na to še vztraja, tu na primer 5. januarja 2021.

Posamezna vprašanja za predhodno odločanje

- 68 Z vidika BVwG (zvezno upravno sodišče) je treba najprej pojasniti položaj prava Unije in neposredni učinek prava Unije ter neuporabo nacionalnih določb, ki so v nasprotju z njim, preden se nato na podlagi jasno opredeljenega pravnega položaja bolj ali manj obsežno preučijo dejstva v zvezi z zadevnim pravnim položajem v konkretnem primeru.
- 69 **Prvo vprašanje:** Če gre pri materialnem pravu javnih naročil za določen del civilnega prava, načelo enakovrednosti, ki velja v pravu Unije, zahteva, da se uveljavljanje pravic na področju prava javnih naročil za predlagateljico ne sme urejati manj ugodno kot pri ostalem povsem nacionalnem civilnem pravu.
- 70 Predlaga se, da se na to vprašanje odgovori tako, da materialno pravo javnih naročil kot vsota pravil, ki nalagajo predpogodbene pravice in obveznosti med pripravo pogodbe, spada na področje civilnega prava, ki je enako ostalim pravilom o sklepanju pogodb; in da so začasne odredbe v skladu s členom 2(1)(a) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, prav tako civilnopravni postopki, vsaj pa postopki v smislu člena 35 Uredbe 1215/2012.

- 71 **Drugo vprašanje:** S tem vprašanjem se sprašuje, ali se zaradi načela enakovrednosti, ki velja v pravu Unije, in ostalih določb prava Unije ne uporablja zgoraj opisani nacionalni sistem taks.
- 72 Če bi Sodišče na to vprašanje odgovorilo, da pravo Unije povzroči, da je mogoče o predlogu za izdajo začasne odredbe in ostalih pravnih sredstvih za varstvo pravic posameznikov, v Avstriji odločati ne glede na vprašanje pavšalnih taks in plačila pavšalnih taks, bi lahko BVwG (zvezno upravno sodišče) tu subsidiarno izvedlo preiskovalne ukrepe, potrebne za določitev taks, in v skladu z načelom ekonomičnosti postopka zelo verjetno zelo hitro odločilo o vložnem predlogu oziroma vložnih predlogih za izdajo začasne odredbe na podlagi rezultatov preiskav, ne da bi moralo pred tem izvesti obsežne preiskave glede števila postopkov oddaje javnega naročila.
- 73 **Vprašanje 2.1:** Ob upoštevanju zlasti načela enakovrednosti, ki velja v pravu Unije, se sprašuje, ali se z vidika prava Unije lahko določi posebna pavšalna taksa za predlog za izdajo začasne odredbe, če je bil vložen v povezavi z zahtevkom za revizijo, čeprav se sicer v civilnem pravu za predloge za izdajo začasne odredbe, povezane s tožbo, ne plačajo dodatne takse poleg takse za tožbo, na področju upravnega prava pa se za predloge za priznanje odložilnega učinka, povezane s pravnim sredstvom, ne plača nobena dodatna taksa.
- 74 Povedano drugače, če bo Sodišče odločilo, da predlagateljici zahtevka za revizijo zaradi postopkovnoppravne diskriminacije v primerjavi z drugimi vlagatelji pravnih sredstev v Avstriji ni treba plačati nobenih dodatnih taks za predloge za izdajo začasne odredbe, vložene skupaj z zahtevkom za revizijo, bi se lahko o predlogu za izdajo začasne odredbe predlagateljice odločilo bistveno hitreje in zlasti brez nujnih preiskav, povezanih s taksami.
- 75 **Tretje vprašanje:** S tem vprašanjem se sprašuje, ali je v skladu s pravom Unije, zlasti pa glede na zahtevo po hitrosti iz člena 1(1) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, oziroma zahtevo po ukrepanju brez nepotrebne odlašanja iz člena 2(1)(a) te direktive, nedopustno, da se hitro odločanje o zahtevku za revizijo oziroma predlogu za izdajo začasne odredbe veže na to, da so plačane sodne takse, ki so dolgujejo za tovrstni zahtevek oziroma predlog, ali da se tudi plačajo po zahtevi za doplačilo taks, sicer se lahko zahtevek oziroma predlog zavrže zaradi neplačila taks, če bi bilo mogoče ne glede na vprašanje taks o tem predlogu verjetno odločiti zelo hitro. Predlaga se, naj se na to vprašanje odgovori, da to ni dopustno.
- 76 **Četrto vprašanje:** Glede na tu zastopano mnenje je za vse stranke v postopku nepošteno, če mora sodišče, tako kot tu, pri nepregledni oddaji javnega naročila obsežno preiskovati dejstva, ki so pomembna za določitev taks, morebiti izdati zahtevo za doplačilo taks in nato po potrebi zavreči zahtevek za revizijo oziroma predlog za izdajo začasne odredbe zaradi neplačila takse. Če je tak sistem taks z vidika prava Unije nedopusten in se zato na nacionalni ravni ne sme uporabiti, bi

lahko BVwG (zvezno upravno sodišče) vsekakor hitreje odločilo o obravnavanih zahtevkih oziroma predlogih.

- 77 **Peto vprašanje:** Praviloma obstaja pravica pritožbe zoper odločbo upravnega organa, s katero se naložijo sodne takse, pri upravnem sodišču z neomejeno pristojnostjo, medtem ko v skladu z BVergG v primeru sodnih taks na področju javnih naročil za zahtevke za revizijo, ugotovitvene zahtevke in predloge za izdajo začasne odredbe po prvostopenjskem sklepu o taksah zoper naložitev takse obstaja le več pravnih sredstev pred Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) in Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče), ti sodišči pa zadeve ne presojata izčrpno (glej zgoraj točko 57).
- 78 V primerjavi s tem v primeru sodnih taks za tožbe v civilnem postopku ali za pravna sredstva v upravnem pravu izda upravni organ sklep o naložitvi taks, ki ga je mogoče vedno izpodbijati s pritožbo pri pristojnem upravnem sodišču, potem pa še z revizijo pri Verwaltungsgerichtshof (vrhovno upravno sodišče) ali pritožbo pri Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče).
- 79 Glede na tu zastopano mnenje je tovrstna nacionalna ureditev za sodne takse na področju prava javnih naročil v skladu z BVergG, ki je diskriminatorna z vidika pravnega varstva, na splošno v nasprotju s pravom Unije, zlasti če se upošteva tudi, da je plačilo teh sodnih taks drugače kot pri ostalih sodnih taksah celo pogoj za meritorno odločitev.
- 80 **Šesto vprašanje:** S tem vprašanjem se sprašuje, ali je zlasti glede na člen 1(1) Direktive 89/665/EGS, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2014/23/EU, sklenitev okvirnega sporazuma z enim samim gospodarskim subjektom z vidika naročnika sklenitev pogodbe v skladu z zgoraj navedeno direktivo in torej oddaja naročila v skladu z nacionalnim pravom.
- 81 Če je odgovor na to vprašanje pritrdilen, je za preiskovalni postopek pred BVwG (zvezno upravno sodišče) skladno s pravom Unije jasno, da je bilo že tedaj nacionalno le več ugotovitvenih zahtevkov v skladu s členom 334 BVergG dopustnih in da je treba predloge za izdajo začasne odredbe samo zaradi že izvedene „oddaje naročila“ zavreči.
- 82 Predlaga se, naj se na ti vprašanji odgovori tako, da je sklenitev okvirnega sporazuma z enim samim gospodarskim subjektom sklenitev pogodbe oziroma oddaja naročila, saj člen 1 navedene direktive že predvidi to izenačitev.
- 83 **Vprašanje 6.1:** Namen tega vprašanja je ugotoviti, ali glede na pravo Unije naročila, ki temeljijo na okvirnem sporazumu, temeljijo na tem okvirnem sporazumu tudi, če je s tem celotna količina tega okvirnega sporazuma v smislu sodbe Sodišča v zadevi C-216/17 že presežena. Če je odgovor pritrdilen, bi bilo treba glede na nacionalno pravo pri ustreznih ugotovitvah preiskave izhajati iz tega, da bi bilo mogoče tudi naročila, ki presegajo celotno količino, ker so bila oddana po sklenitvi okvirnega sporazuma, izpodbijati z ugotovitvenim zahtevkom, pri čemer začasna odredba ne bi bila dopustna.

- 84 Če pa bi Sodišče menilo, da posamezna naročila po prekoračitvi celotne vrednosti prvotnega okvirnega sporazuma ne temeljijo več na prvotnem okvirnem sporazumu, je treba v takem primeru preveriti, ali so (bila) nova posamezna naročila bodisi neposredno oddana naročila, za katera velja nacionalno pravo, ali pa so bila predvidena ali oddana kot naročilo blaga v okviru nepreglednega postopka oddaje javnega naročila, ali pa se jih obravnava kot posamezna naročila na podlagi novega nepregledno sklenjenega okvirnega sporazuma. V zvezi s tem so nato še mogoči novi zahtevki za revizijo pred oddajo naročila oziroma predlogi za izdajo začasne odredbe v zvezi s tem. Glede na to je treba potem presoditi, ali so zoper tovrstne nove nabave dopustni zahtevki za revizijo, ugotovitveni zahtevki ali predlogi za izdajo začasne odredbe.
- 85 Zaradi ekonomičnosti postopka se predlaga, naj se na vprašanji odgovori, da naročila, oddana na podlagi okvirnega sporazuma, temeljijo na okvirnem sporazumu tudi, če je bila celotna količina okvirnega sporazuma že izčrpana.
- 86 **Sedmo vprašanje:** To vprašanje se nanaša na obveznost predložitve informacij z vidika privilegija zoper samoobtožbo.
- 87 Člen 49(1), točka 1, AVG, ki se uporablja v obravnavanem primeru, ureja pravico prič, da odrečejo pričanje o vprašanih, če bi s svojim odgovorom sebe ali svojega sorodnika spravile v neposredno premoženjsko škodo ali kazenski pregon ali v hudo sramoto.
- 88 V skladu s členom 51 AVG se ta pravica priče, da odreče pričanje, uporabi tudi za stranke v postopku, pri čemer seveda ne obstaja nobena taka pravica za premoženjsko škodo.
- 89 V skladu s členom 336 BVergG je mogoče po prostem preudarku odločiti, da se izda zamudna sodba na podlagi trditev druge stranke v postopku, če ena stranka v postopku ne predloži informacij ali zahtevane dokumentacije.
- 90 Vendar člen 336 BVergG ne določa pravice priče, da odreče pričanje, oziroma pravice, da se ne predložijo informacije, tako kot to ureja člen 49(1), točka 1, AVG.
- 91 Po mnenju BVwG (zvezno upravno sodišče) bi bilo lahko to, da mora odgovorna oseba oziroma zaposleni naročnika predložiti informacije, da bi se izognili nevarnosti izdaje zamudne sodbe, v nasprotju s privilegijem zoper samoobtožbo, tudi če bi to omogočilo morebitno razkritje dejstev, ki bi se pozneje lahko proti tej odgovorni osebi in zaposlenim uporabila za kazenski pregon (oziroma tudi za uveljavljanje odškodninske odgovornosti).
- 92 Če pa po drugi strani ne bi obstajala nobena taka možnost izdaje zamudne sodbe v primeru nepredložitve podatkov oziroma dokumentacije, bi bila s tem omejena učinkovitost pravnega varstva v okviru prava javnih naročil.

- 93 Z vidika temeljnih pravic se predlaga, naj se na to vprašanje odgovori, da dolžnosti predložitve informacij in dokumentacije ne obstajata, če bi s tem nastala obveznost fizičnih oseb, ki ravnajo v imenu naročnika, da se samoobtožijo.
- 94 **Osmo in deveto vprašanje:** Ti vprašanji se nanašata na zadostno učinkovitost in poštenost nacionalnih pravil v okviru postopka oddaje javnega naročila, ki je za predlagateljico nepregleden.
- 95 Zdi se vsaj realno in mogoče, da predlagateljica ob vložitvi vloge, s katero se je začel postopek, ni vedela, koliko postopkov za oddajo javnega naročila in kakšne vrste (neposredno oddano naročilo, postopek s pogajanjem brez predhodne objave) nasprotni stranki vodita oziroma sta vodili; in koliko odločitev toženih strank, ki jih je mogoče ločeno izpodbijati, je bilo že sprejetih v postopku oziroma postopkih za oddajo javnega naročila.
- 96 Predlagateljici je bilo torej morda brez tozadevne preglednosti naloženo trditveno breme glede postopka oddaje javnega naročila in ločeno izpodbijnih odločitev, ki jih je treba natančno opredeliti. Temu primerno so bile trditve predlagateljice v postopku nedoločne.
- 97 Po drugi strani mora v avstrijskem civilnem postopku vsaka tožeča stranka v okviru trditvenega bremena tudi navesti dejstva, ki utemeljujejo njen zahtevek, in če zakon ne določa drugače glede dokaznega bremena, v skladu s splošnim načelom prav tako nosi objektivno dokazno breme, kadar dejanskega stanja, na katerem temelji njen zahtevek, ni mogoče dokazati ali pa ga je mogoče dokazati le delno.
- 98 Tovrstna tveganja trditvenega in dokaznega bremena so torej na splošno značilna za avstrijski pravni red, še posebej na civilnopravnem področju (na primer v odškodninskem in konkurenčnem pravu).
- 99 Ko se v BVergG za dopusten zahtevek za revizijo in predlog za izdajo začasne odredbe vsakič zahteva opredelitev konkretno izpodbijane odločitve, ki jo je mogoče ločeno izpodbijati, iz konkretnega postopka oddaje javnega naročila, tudi če se predlog po zahtevi za doplačilo sicer zavrže, postane za osebo, ki išče pravno varstvo, zelo težko oziroma nemogoče, zlasti da bi pravočasno pred oddajo naročila dovolj zagotovo lahko vedela, koliko odločitev, ki jih je mogoče ločeno izpodbijati, v koliko postopkih za oddajo javnega naročila je bilo že izdanih.
- 100 Vendar če se ta nepreglednost osebe, ki išče pravno varstvo, obravnava v primerjavi z drugimi sistemi pravnega varstva in zlasti tožbami pred avstrijskimi civilnimi sodišči, je primerjalno tudi tam tako, da tožeče stranke, ki iščejo pravno varstvo, najprej nosijo trditveno breme in potem objektivno dokazno breme, torej tveganje, da dejstev, na katerih temelji njihov zahtevek, ne bodo mogle dokazati.
- 101 Glede na to ugotovitev, kjer se je primerjalo postopkovno pravo, se torej predlaga, naj se na vprašanji odgovori, da zaradi tovrstnih dolžnosti opredelitve sam sistem

pravnega varstva, ki izhaja iz BVergG, ni niti neučinkovit niti nepošten v smislu prava Unije.

- 102 **Deseto vprašanje:** S tem vprašanjem se sprašuje, ali pravica do poštenega sodnega postopka v skladu s členom 47 Listine pri postopku oddaje javnega naročila, ki je za osebo, ki išče pravno varstvo, nepregleden, dopušča uvedbo sistema sodnih taks, pri katerem je višina sodnih taks, ki jih je nazadnje treba plačati, odvisna od višine ocenjene vrednosti naročila, števila izvedenih postopkov za oddajo javnega naročila z določeno vrednostjo naročila in od števila izpodbijanih odločitev, ki jih je mogoče izpodbijati ločeno.
- 103 V skladu s tu zastopanim stališčem pripelje nepreglednost za predlagateljico v obravnavanem primeru do tega, da se zdi nepošteno zahtevati pavšalne takse za zahtevke za revizijo in predloge za izdajo začasne odredbe glede na ločeno izpodbijne odločitve iz konkretnega postopka oddaje javnega naročila, kakor hitro sodišče primerno ugotovi, koliko ločeno izpodbijnih odločitev iz koliko postopkov oddaje javnega naročila s kakšnimi ocenjenimi vrednostmi naročila želi predlagateljica izpodbijati. Nepošteno je zato, ker je, če se primerja, osebi, ki išče pravno varstvo pri civilnem sodišču, praviloma že ob vložitvi tožbe, vključno s tem povezanim predlogom za izdajo začasne odredbe, jasno, koliko mora plačati iz naslova sodnih taks. V sistemu sodnih taks, ki ga določa člen 340 BVergG, morajo osebe, ki iščejo pravno varstvo, po potrebi pričakovati precejšnja „presenečenja iz naslova taks“.
- 104 Če bi se na osmo in deveto vprašanje odgovorilo, da na podlagi prava Unije dolžnosti opredelitve pri izpodbijanih odločitvah in zadevnih postopkih oddaje javnega naročila odpadejo že ob vložitvi vloge pri izpodbijanih nepreglednih naročilih, potem pa je vendarle treba ugotoviti višino taks, ki jih je treba plačati, v skladu s členom 340 BVergG in uredbe o pavšalnih taksah šele med postopkom odločanja o zahtevku za revizijo in predlogu za izdajo začasne odredbe s pomočjo takrat ugotovljivega postopka oddaje javnega naročila z določeno ocenjeno vrednostjo naročila in s pomočjo števila odločitev, ki jih je treba razveljaviti, je nepreglednost višine takse pri vložitvi zahtevka oziroma predloga ponovno izrazito očitna.
- 105 Zato se predlaga, naj se na vprašanje odgovori, da z vidika prava Unije ni pošteno in se torej nacionalnih predpisov o taksah ne sme uporabiti, če mora na podlagi teh predpisov predlagateljica zahtevka oziroma predloga plačati takse, ki jih ob vložitvi zahtevka oziroma predloga zaradi nepreglednosti postopka oddaje javnega naročila še ni mogla predvideti.