



EVROPSKA KOMISIJA

Neuradni prevod dokumenta SEC (2011)
1169 konč.z dne 4. oktobra 2011, ki ga
je opravil Generalni direktorat za
notranji trg in storitve.

DELOVNI DOKUMENT SLUŽB KOMISIJE

o uporabi prava EU o javnem naročanju za odnose med naročniki („sodelovanje med javnimi subjekti“)

KAZALO

1.	Uvod.....	3
2.	Splošno načelo: zakonodaja EU o javnem naročanju velja za naročila med naročniki.....	4
3.	Opravljanje naloge javnega značaja z lastnimi viri – sodelovanje med javnimi subjekti, za katerega je možno, da predpisi EU o javnem naročanju ne veljajo	5
3.1.	Pregled različnih konceptov, ki so se oblikovali v sodni praksi	5
3.2.	Sodelovanje prek ločenih pravnih subjektov („institucionalizirano/vertikalno sodelovanje“, „sodna praksa glede notranjega razmerja“).....	6
3.2.1.	Udeležba v kapitalu notranjega subjekta.....	7
3.2.2.	Prvo merilo Teckal: potrebni nadzor nad notranjim subjektom (organizacijska odvisnost)	8
3.2.3.	Drugo merilo Teckal: pretežni del dejavnosti notranjega subjekta morajo biti naloge, ki mu jih dodelijo nadzorni subjekti (gospodarska odvisnost).....	11
3.2.4.	Dodatna odprta vprašanja glede notranjih subjektov	11
3.3.	Neinstitucionalizirano/horizontalno sodelovanje pri skupnem opravljanju nalog javnega značaja	12
3.3.1.	Glavne značilnosti horizontalnega sodelovanja med naročniki, ki je zunaj področja uporabe predpisov EU o javnem naročanju	12
3.3.2.	Razlika med pristnim „sodelovanjem“ in običajnim javnim naročilom	13
3.3.3.	Možne omejitve v zvezi z dejavnostmi na komercialnem trgu.....	14
3.4.	Povzetek	14
4.	Izvajanje naloge javnega značaja z zunanjimi viri – druge vrste sodelovanja med javnimi subjekti	18
4.1.	Razdelitev pristojnosti med javnimi organi	18
4.2.	Nepogodbena dodelitev nalog	19
4.3.	Razmerje med predpisi o javnem naročanju in nekaterimi izključnimi pravicami	20
4.4.	Razmerje med naročniki v okviru skupnih ali centraliziranih dogovorov o naročanju	22

1. UVOD

V skladu z direktivama o javnem naročanju so bila leta 2009 objavljena javna naročila v vrednosti približno 420 milijard EUR. Namen teh predpisov je zagotoviti, da se za zadevna javna naročila lahko potegujejo dobavitelji iz vsega notranjega trga¹. Hkrati pravo EU ne omejuje svobode naročnika pri opravljanju nalog v javnem interesu, ki so mu bile dodeljene, z uporabo lastnih upravnih, tehničnih in drugih virov, ne da bi se moral pri tem opreti na zunanje subjekte, ki niso del njegove strukture.

Že nekaj časa poteka razprava o tem, ali se direktivi EU o javnem naročanju nanašata tudi na različne vrste situacij, v katerih si naročniki prizadevajo skupaj zagotoviti opravljanje nalog javnega značaja. Sodišče Evropske unije (v nadaljnjem besedilu: Sodišče) je potrdilo, da za pogodbe med naročniki ne moremo samodejno predpostavljati, da zanje zakonodaja EU o javnem naročanju ne velja. Poleg tega je iz sodne prakse Sodišča razvidno, da se nekatere oblike sodelovanja med naročniki ne morejo obravnavati kot javna naročila.

Zato je treba razlikovati med dejavnostmi javnega naročanja na eni strani, ki bi morale uživati koristi, ki izhajajo iz svobodne konkurence med gospodarskimi subjekti, kot to zagotavljajo predpisi EU o javnem naročanju, in drugimi vrstami ureditev na drugi strani, ki jih naročniki lahko uporabijo za zagotovitev opravljanja nalog javnega značaja in ne spadajo na področje uporabe direktiv EU o javnem naročanju.

Naročniki, ki želijo sodelovati, sedaj pogosto težko razlikujejo, kdaj se direktivi EU o javnem naročanju uporabljata in kdaj ne.

Potreba po razjasnitvi tega vprašanja je bila poudarjena v poročilu Evropskega parlamenta, v katerem so bile Komisija in države članice pozvane, „*naj dajo na razpolago informacije o pravnih posledicah teh sodb* [o sodelovanju med javnimi organi]“².

Ta dokument je poskus izpolnitve te zahteve. Ponudil naj bi obsežen pregled obstoječe sodne prakse Sodišča, saj slednjo zbira in povzema ter podaja nekatere sklepe ugotovitve, ki iz nje izhajajo, kolikor to omogočajo ugotovitve Sodišča. Ta dokument ne vsebuje novih predpisov ali zahtev. Namesto tega je njegov cilj prispevati k boljšemu razumevanju in učinkovitejši uporabi obstoječe zakonodaje. Namenjen je vsem zainteresiranim stranem na področju javnih naročil, zlasti javnim organom na vseh

¹ Celoten trg javnih naročil v EU je vreden okoli 17 % BDP EU. Direktive EU o javnem naročanju urejajo le oddajo naročil, katerih vrednost presega določen prag. Vrednost takih naročil je v letu 2009 znašala 3,6 % BDP EU. Pri preostalem delu trga javnih naročil morajo države članice upoštevati načela zakonodaje EU o nediskriminaciji, enaki obravnavi ponudnikov itd., če je naročilo, ki bo oddano, v interesu podjetij s sedežem v drugi državi članici.

² Poročilo poslanke Evropskega parlamenta Heide Rühle na lastno pobudo o novostih na področju javnih naročil (resolucija Evropskega parlamenta z dne 18. maja 2010 o novostih na področju javnih naročil (2009/2175(INI)).

ravnih javne uprave³. Smernice iz tega dokumenta so omejene na področje javnega naročanja in ne posegajo v predpise EU, ki urejajo konkurenco in državne pomoči.

Dokument najprej opozarja, da morajo biti javna naročila med naročniki sklenjena v skladu s predpisi iz direktiv o javnem naročanju (oddelek 2), nato pa obravnava razne oblike sodelovanja med naročniki, ki so lahko izvzete iz uporabe teh predpisov (oddelek 3), ter druge vrste sodelovanja med javnimi subjekti ob upoštevanju predpisov EU o javnem naročanju (oddelek 4).

Gre za okvirni dokument služb Komisije, ki nikakor ne more veljati za zavezujočega. Poudariti je treba, da je za razlago zakonodaje EU na koncu vedno pristojno Sodišče Evropske unije.

2. SPLOŠNO NAČELO: ZAKONODAJA EU O JAVNEM NAROČANJU VELJA ZA NAROČILA MED NAROČNIKI

Direktivi EU o javnem naročanju se uporabljata, ko naročniki in subjekti sklenejo pogodbe za plačilo z drug pravnim subjektom. Pri sklepanju takšnih pogodb ni pomembno, ali gre za javnega ali zasebnega pogodbenega partnerja. To je jasno razvidno iz ustreznih določb direktiv in sodne prakse Sodišča.

Člen 1(8) Direktive 2004/18/ES⁴ (v nadaljnjem besedilu: direktiva o javnem sektorju) določa:

*„Izrazi ‚izvajalec gradenj‘, ‚dobavitelj blaga‘ in ‚izvajalec storitev‘ pomenijo katero koli pravno ali fizično osebo ali **javni subjekt** ali skupino teh oseb in/ali organov, ki na trgu ponujajo bodisi izvedbo gradenj in/ali gradbeno delo, proizvode ali storitve.“* (Krepki tisk je dodan.)

V členu 1(7) Direktive 2004/17/ES⁵ (v nadaljnjem besedilu: direktiva o gospodarskih javnih službah) je navedeno:

*„Izrazi ‚izvajalec gradenj‘, ‚dobavitelj blaga‘ in ‚ponudnik storitev‘ pomenijo fizično ali pravno osebo ali **naročnika** v smislu člena 2(2)(a) ali (b) ali skupino takih oseb in/ali subjektov, ki na trgu ponujajo izvedbo gradnje in/ali gradenj, dobavo proizvodov ali opravljanje storitev.“* (Krepki tisk je dodan.)

³ Z Zeleno knjigo o modernizaciji politike EU na področju javnih naročil – Za učinkovitejši evropski trg javnih naročil (COM(2011) 15 konč., Bruselj z dne 27.1.2011) se je začelo javno posvetovanje, katerega namen je ugotoviti, kako bi bilo treba preoblikovati področje javnih naročil v prihodnje. Do sprejetja in začetka izvajanja kakršne koli nove zakonodaje naj bi ta dokument služb Komisije pojasnjeval sedanje pravno stanje.

⁴ Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (*UL L 134, 30.4.2004, str. 114–240*).

⁵ Direktiva 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (*UL L 134, 30.4.2004, str. 1–113*).

V skladu s tem je Sodišče ugotovilo, da „okoliščina, da je ponudnik storitve oseba javnega prava, ki je ločena od prejemnika storitev, ne preprečuje uporabe [Direktive]“⁶. Za uporabo predpisov EU o javnem naročanju „načeloma zadostuje, če je bila pogodba sklenjena med lokalnim organom in subjektom, ki je pravno ločen od njega“⁷. Kadar so iz področja uporabe nacionalne zakonodaje o javnem naročanju izključena „razmerja med javnimi organi, njihovimi osebami javnega prava in na splošen način negospodarskimi osebami javnega prava, ne glede na naravo njihovih razmerij“⁸, to pomeni nepravilen prenos direktiv EU o javnem naročanju.

3. OPRAVLJANJE NALOGE JAVNEGA ZNAČAJA Z LASTNIMI VIRI – SODELOVANJE MED JAVNIMI SUBJEKTI, ZA KATEREGA JE MOŽNO, DA PREDPISI EU O JAVNEM NAROČANJU NE VELJAJO

3.1. Pregled različnih konceptov, ki so se oblikovali v sodni praksi

Iz sodne prakse Sodišča na področju javnih naročil je razvidno, da pravo EU ne omejuje svobode naročnika⁹ pri opravljanju nalog v javnem interesu, ki so mu bile dodeljene, z uporabo lastnih upravnih, tehničnih in drugih virov, ne bi se moral pri tem opreti na zunanje subjekte, ki niso del njegove strukture¹⁰.

Če naročnik opravlja nalogo javnega značaja z uporabo lastnih virov brez sklenitve pogodbe za plačilo, ker gre za notranjo zadevo ene in iste pravne osebe, kar pomeni, da so vsi potrebni viri za opravljanje naloge na razpolago naročniku znotraj lastne organizacije, se pravo EU o javnem naročanju ne uporablja. Primer: mestni svet zagotavlja prevozne storitve na svojem ozemlju prek internega oddelka za prevoz.

Možnost opravljanja nalog javnega značaja z uporabo lastnih virov je mogoče uresničiti tudi v sodelovanju z drugimi naročniki. Več naročnikov lahko drug drugemu zagotavlja podporo. Če to ne vključuje plačila ali izmenjave vzajemnih pravic in obveznosti, ne gre za zagotavljanje storitve v smislu predpisov EU o javnem naročanju. V teh okoliščinah se zakonodaja EU o javnem naročanju ne uporablja. Primer: splošni dogovor med sosednjima občinama, da bodo njuni glasbeni zbori nastopali na mestnih svečanostih druge občine.

⁶ Zadeva C-480/06, *Komisija proti Nemčiji*, ZOdl. 2009, str. I-04747, točka 33.

⁷ Zadeva C-107/98, *Teckal Srl proti Comune di Viano in Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Recueil 1999, str. I-08121, točka 50.

⁸ Zadeva C-84/03, *Komisija proti Španiji*, ZOdl. 2005, str. I-00139, točka 40.

⁹ Kar zadeva sodelovanje med javnimi subjekti, se ta dokument nanaša le na ravnanje „naročnikov“ v smislu Direktive 2004/18/ES in ne na „javna podjetja“, kot so opredeljena v direktivi o gospodarskih javnih službah, ali javna podjetja, ki delujejo na podlagi posebnih ali izključnih pravic, kot je opredeljeno v Direktivi 2004/17/ES. Glede „naročnikov“, za katere velja zadevna opredelitev iz direktive o gospodarskih javnih službah, je treba navesti, da Sodišče nikoli ni izrecno proučilo njihovega posebnega položaja glede sodelovanja med javnimi organi. Splošno bi ugotovitve glede „naročnikov“ morale smiselno veljati, ko ti delujejo v vlogi naročnikov, razen kadar bi lahko obstajale znatne razlike pri veljavnih predpisih. Navesti je treba tudi, da direktiva o gospodarskih javnih službah vsebuje določbe za določene vrste sodelovanja med javnimi subjekti iz člena 23 (mogoča so celo tristranska razmerja).

¹⁰ Zadeva C-26/03, *Stadt Halle in RPL Recyclingpark Lochau GmbH proti Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ZOdl. 2005, str. I-00001, točka 48.

Kadar naročniki med seboj sklenejo pogodbe za plačilo (ki vključujejo vzajemne pravice in obveznosti), se pojavi vprašanje, ali se te lahko izključi iz področja uporabe direktiv EU o javnem naročanju kljub splošnemu pravilu, ki velja za pogodbe med različnimi pravnimi osebami. Sodeč po sodni praksi Sodišča je to v določenih okoliščinah resnično mogoče. Kadar naročniki sodelujejo z namenom, da bi skupaj zagotovili opravljanje nalog v javnem interesu, lahko to vključuje oddajo naročil brez obvezne uporabe prava EU o javnem naročanju. Takšno sodelovanje ima lahko obliko skupnega nadzora tretjega subjekta, ki mu je bilo zaupano opravljanje naloge („vertikalno/institucionalizirano sodelovanje“). Sodelovanje pa lahko poteka tudi brez ustanovitve novega ali imenovanja posebnega subjekta („horizontalno/neinstitucionalizirano sodelovanje“).

3.2. Sodelovanje prek ločenih pravnih subjektov („institucionalizirano/vertikalno sodelovanje“, „sodna praksa glede notranjega razmerja“)

Dobro uveljavljeno je, da se direktivi EU o javnem naročanju uporabljata, če naročniki sklenejo javne pogodbe, tj. pogodbe za plačilo, sklenjene v pisni obliki s tretjo osebo, katerih cilj je izvajanje del, dobavljanje proizvodov ali zagotavljanje storitev v smislu direktiv. Direktivi se uporabljata tudi, če naročniki sklenejo koncesije za izvajanje del na podlagi direktive o javnem sektorju.

Sodišče je v zadevi *Teckal*¹¹ to pravilo funkcionalno razlagalo. Določilo je kumulativni merili za izvzetje iz predpisov EU o javnem naročanju, ki se nanašata na razmerje med naročnikom in drugo pravno osebo. Po mnenju Sodišča takšno razmerje ne spada v področje uporabe prava EU o javnem naročanju, če:

- (1) ima naročnik **nadzor** nad zadevno pravno osebo, **ki je podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službam**, in
- (2) ta pravna oseba hkrati **opravlja pretežni del svojih dejavnosti v okviru nadzornega naročnika ali nadzornih naročnikov**¹².

V skladu z **zmožnostjo naročnika za samoorganiziranje** je Sodišče ugotovilo, da se pravo EU o javnem naročanju (ne le direktivi, temveč tudi načela Pogodbe) ne uporablja, če naročnik sklene pogodbo s tretjo osebo, ki je le **formalno, ne pa tudi stvarno neodvisna od njega**. Ta sodna praksa zajema situacije, ki ne vključujejo **zasebnega kapitala** tretje osebe, ki je **tako organizacijsko in gospodarsko odvisna** od naročnika. Primer: mestni svet zagotavlja prevozne storitve na svojem ozemlju z uporabo prevoznega podjetja, ki je v celoti v njegovi lasti in pod njegovim nadzorom.

¹¹ Zadeva C-107/98, *Teckal*, točka 50. „Glede obstoja pogodbe mora nacionalno sodišče ugotoviti, ali med ločenima osebama obstaja dogovor. V tem oziru [...] načeloma zadostuje, če je bila pogodba sklenjena med lokalnim organom na eni in subjektom, ki je pravno ločen od zadevnega lokalnega organa, na drugi strani. Drugače se lahko ravna le, kadar ima lokalni organ nad zadevnim subjektom **nadzor, ki je podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami**, in da ta subjekt hkrati **opravlja pretežni del svojih dejavnosti v okviru nadzornega lokalnega organa ali organov**.“

¹² Po sodbi Sodišča je italijanski organ Consiglio di Stato ugotovil, da je bil AGAC notranje podjetje občine Viano (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, sodba št. 2605 z dne 9. maja 2001).

V poznejših sodbah¹³ je Sodišče pojasnilo, da je koncept notranjega razmerja uporabljiv tudi za sodelovanje med javnimi subjekti z določitvijo, da lahko merili *Teckal* skupaj izpolni več naročnikov. Primer: mestna sveta zagotavljata prevozne storitve na svojih ozemljih prek prevoznega podjetja, ki je v celoti v njuni lasti in pod njunim nadzorom.

Za namene tega dokumenta je takšno sodelovanje označeno kot „institucionalizirano“ ali „vertikalno“, ker vključuje naročnike, ki oddajo naročilo za opravljanje naloge ločenemu subjektu v skupni lasti in pod skupnim nadzorom, ki deluje kot izvajalec storitve.

To notranjo izjemo je Sodišče priznalo tako glede javnih naročil in koncesij za izvajanje del, ki spadajo pod direktivi EU o javnem naročanju, kot glede na koncesije za opravljanje storitev, za katere se uporabljajo načela Pogodbe.

V tem kontekstu je treba navesti, da čeprav je razmerje med nadzornim naročnikom ali nadzornimi naročniki na eni in nadzorovanim subjektom na drugi strani lahko izvzeto iz prava EU o javnem naročanju na podlagi notranjega razmerja, bi organ, ki velja za notranji subjekt, običajno lahko označili tudi kot „osebo javnega prava“, ki mora glede lastnih javnih naročil spoštovati pravo EU o javnem naročanju.

V naslednjih oddelkih so podrobno opisani zadevni pogoji sodne prakse Sodišča glede notranjega razmerja, ki jih je treba oceniti ob odločanju, ali se pravo EU o javnem naročanju uporablja ali ne.

3.2.1. Udeležba v kapitalu notranjega subjekta

Na podlagi sodne prakse naročnik ne more izvajati notranjega nadzora nad subjektom, kadar je pri lastništvu subjekta udeleženo eno ali več zasebnih podjetij.¹⁴ To velja tudi, če naročnik lahko sprejema vse odločitve glede subjekta neodvisno, ne glede na zasebni delež. Sodišče je to utemeljilo s tem, da je razmerje med naročnikom in njegovimi službami urejeno na način in na podlagi zahtev, ki so lastne uresničevanju ciljev v javnem interesu. Nasprotno pa je kakršnokoli vlaganje zasebnega kapitala v kako podjetje skladno z zasebnim interesom in zasleduje drugačne cilje¹⁵. To velja tudi za „čiste kapitalske injekcije“ zasebnega podjetja v notranji subjekt (tj. z nakupom delnic in ne z zagotavljanjem standardnih posojil¹⁶), četudi to ne vključuje operativnega prispevka.

- Pomen potencialne prihodnje udeležbe z zasebnim kapitalom

¹³ Zadeva C-324/07, *Coditel Brabant SA* proti *Commune d'Uccle* in *Région de Bruxelles-Capitale*, ZOdl. 2008, str. I-08457, in zadeva C-573/07, *Sea Srl* proti *Comune di Ponte Nossia*, ZOdl. 2009, str. I-08127.

¹⁴ „Nasprotno pa manjšinska udeležba zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, v vsakem primeru izključuje možnost, da bi ta naročnik lahko nad to družbo izvrševal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami.“ (zadeva C-26/03, *Stadt Halle*, točka 49)

¹⁵ Zadeva C-26/03, *Stadt Halle*, točka 50.

¹⁶ Posojilo ne bi veljalo za „standardno“, če bi se ga na primer dalo za namen vračila spremeniti v delnice notranjega subjekta.

Praviloma je treba **ob oddaji naročila**^{17 18} ugotoviti obstoj zasebnega deleža v kapitalu podjetja, ki mu je dodeljeno zadevno javno naročilo. Prihodnje odprtje kapitala podjetja se upošteva le, če so ob oddaji naročila podjetju dobre možnosti, da se bo to kratkoročno zgodilo¹⁹.

Zgolj teoretična možnost, da bi zasebna stranka lahko imela delež v kapitalu notranjega subjekta, sama po sebi ne oslabi notranjega razmerja med naročnikom in njegovim podjetjem²⁰.

Če pa bi bilo naročilo oddano podjetju brez objave razpisa za zbiranje ponudb zaradi izjeme na podlagi notranjega razmerja, bi poznejši nakup deleža kapitala podjetja s strani zasebnih vlagateljev kadar koli med obdobjem veljavnosti pogodbe pomenil **spremembo temeljnega pogoja** za oddajo naročila. V takšnih okoliščinah je treba za oddajo naročila objaviti razpis za zbiranje ponudb²¹.

- 100-odstotna udeležba javnega sektorja v kapitalu notranjega subjekta

Nasprotno je treba 100-odstotno lastništvo naročnika obravnavati kot pokazatelj obstoja nadzora, ki je potreben za izjemo na podlagi notranjega razmerja, vendar ne kot dejavnik, ki je sam po sebi odločilen²².

Ta pokazatelj se ovrže, kadar naročniki ustanovijo dobičkonosno družbo, ki je popolnoma neodvisna od njih. To ponazarja tudi zadeva *Parking Brixen*, pri kateri je bil subjekt ob oddaji naročila v lasti enega naročnika, a je imel določeno stopnjo neodvisnosti²³ (glej naslednji oddelek), zaradi česar je Sodišče zavrnilo notranji status.

3.2.2. *Prvo merilo Teckal: potrebni nadzor nad notranjim subjektom (organizacijska odvisnost)*

Naročnik mora nad notranjim subjektom imeti „*nadzor, ki je podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službam*“²⁴. Način izvajanja nadzora ni pomemben, lahko poteka s **pooblastili zasebnega ali javnega prava**. Pri presoji zahteve po „*podobnem nadzoru*“ je

¹⁷ Zadeva C-26/03, *Stadt Halle*, točki 15 in 52, ter zadeva C-573/07, *Sea*, točka 47.

¹⁸ Zaradi posebnih okoliščin je lahko izjemoma treba upoštevati dogodke, ki so se zgodili po dnevu, ko je bilo zadevno naročilo oddano. Primer za to je, ko se delnice pogodbenega podjetja, ki je bil prej v celoti v lasti naročnika, prenesejo na zasebno podjetje kmalu po tem, ko mu je bilo zadevno naročilo dodeljeno, z umetnim sredstvom, katerega namen je obiti ustrezne predpise EU (glej zadevo C-29/04, *Komisija proti Avstriji*, ZOdl. 2005, str. I-9705, točke od 38 do 41).

¹⁹ *Sea*, točka 50.

²⁰ Glej opombo pod črto 14 Sporočila IPPP. To stališče je medtem potrdilo Sodišče v zadevi C-371/05, *Komisija proti Italiji*, ZOdl. 2008, str. I-00110, točka 29.

²¹ *Sea*, točka 53.

²² Zadeva C-340/04, *Carbotermo SpA in Consorzio Alisei* proti *Comune di Busto Arsizio* in *AGESP SpA.*, ZOdl. 2006, str. I-04137, točka 37: „Okoliščina, da je naročnik, sam ali z drugimi državnimi organi, lastnik celotnega kapitala družbe, ki je izbrani ponudnik, stremi k temu, in to ni odločilno, da ta naročnik nad to družbo izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami“.

²³ Zadeva C-458/03, *Parking Brixen GmbH* proti *Gemeinde Brixen* in *Stadtwerke Brixen AG.*, ZOdl. 2005, str. I-08585, točka 70.

²⁴ Zadeva C-107/98, *Teckal*, točka 50.

treba „upoštevati vse **zakonske predpise in upoštevne okoliščine**. [...] Pri tem mora biti podana **možnost odločilno vplivati na strateške cilje in na bistvene odločitve**.“²⁵

Pri tem je treba upoštevati naslednje elemente.

- Skupni nadzor več naročnikov nad notranjim subjektom

Sodišče je v sodbi glede *Coditela* določilo nove elemente prvega merila *Teckal*. Pojasnilo je, da čeprav mora biti nadzor nad notranjim subjektom učinkovit, ga ni nujno treba izvajati posamezno. Potrdilo je torej načelo, da se **nadzor v smislu prvega merila Teckal lahko izvaja skupno**.

Sodišče je takšno široko razlago utemeljilo predvsem z dejstvom, da s strožjo razlago tega merila izjeme *Teckal* ne bi bilo mogoče uporabiti pri večini primerov sodelovanja med naročniki. Sodišče je v istem duhu odločilo, da **postopek, ki ga nadzorni organi uporabijo pri sprejemanju skupnih odločitev, ni pomemben**. Uporaba večinskega glasovanja na primer ne zanika obstoja (skupnega) nadzora vseh sodelujočih naročnikov²⁶. Iz tega sledi, da „če javni organ postane manjšinski družbenik delniške družbe, ki ima stoddstotni javni kapital, da bi se ji oddalo opravljanje storitve javne službe, je mogoče nadzor, ki ga javni organi, družbeniki te družbe, izvajajo nad njo, opredeliti za podobnega tistemu, ki ga izvajajo nad svojimi službami, kadar ga ti organi izvajajo skupaj.“^{27,28}

- Potreben obseg nadzora nad notranjim subjektom

Da bi izpolnil prvo merilo *Teckal*, mora naročnik ohraniti zadostno stopnje nadzora, tako da ima možnost omejevati svobodo delovanja zadevnega subjekta.

V zadevi *Coditel* je dejstvo, da so bili **organi odločanja** koncesionarja **sestavljani** samo iz predstavnikov naročnikov, ki so bili udeleženi pri sodelovanju, veljalo za močan pokazatelj obstoja notranjega nadzora.

Sama oblika notranjega subjekta ni odločilna, jo pa lahko upoštevamo kot pokazatelj. Na primer v zadevi *Coditel* je Sodišče poudarilo, da notranji subjekt ni imel oblike delniške družbe, „ki lahko sledi ciljem neodvisno od svojih delničarjev, ampak kot medobčinska zadruga“. Na podlagi zadevnega nacionalnega prava, zadruga ne more imeti trgovskega značaja²⁹.

²⁵ Zadeva C-458/03, *Parking Brixen*, točka 65, in zadeva C-371/05, točka 24.

²⁶ Zadeva C-324/07, *Coditel*, točka 51.

²⁷ Zadeva C-573/07, *Sea*, točka 63.

²⁸ V zadevi C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) proti Comune di Cingia de' Botti*, ZOdl. 2005, str. I 07287, je Sodišče menilo, da je manjšinski delež v višini 0,97 % tako majhen, da občini ne omogoča notranjega nadzora nad koncesionarjem. V poznejših ugotovitvah pa je Sodišče sprejelo možnost skupnega nadzora več naročnikov (ki imajo posamezno lahko samo manjšinski delež) nad notranjim subjektom.

²⁹ Zadeva *Coditel*, točka 37.

Nasprotno je v zadevi *Carbotermo*³⁰ Sodišče ugotovilo, da je nadzor enega naročnika nad drugim subjektom izključno v **obsegu, ki ga ima na podlagi prava družb** večina delničarjev, lahko nezadosten v smislu prvega merila *Teckal*. V takšnem primeru je naročnik znatno omejen pri vplivu na odločitve zadevnega subjekta³¹. Podobno če naročnik vpliva na odločitve subjekta le prek **holdinške družbe**, lahko to oslabi kakršen koli nadzor, ki ga ima naročnik. Posledično je možno, da prvo merilo *Teckal* ni izpolnjeno³².

V zadevi *Sea*³³ je bil notranji subjekt družba z omejeno odgovornostjo. Čeprav ta oblika podjetja ni izključevala možnosti notranjega nadzora, je Sodišče podrobno proučilo posebna pooblastila, ki so jih imeli naročniki, zlasti tista, ki bi jim omogočala nadzor nad upravljalnimi organi notranjega subjekta in ki niso omejena na običajne predpise, ki se uporabljajo za tak nadzor v delniških družbah.

- Potencialna neodvisnost/tržna usmeritev notranjega subjekta

V zadevah *Coditel* in *Sea* je Sodišče menilo, da prvo merilo *Teckal* ne bi bilo več izpolnjeno, če bi nadzorovani subjekt postal tržno usmerjen in imel določeno stopnjo neodvisnosti, zaradi česar bi nadzor naročnikov postal nepomemben. Pri tem je treba upoštevati na primer **materialni in geografski obseg** dejavnosti nadzorovanega subjekta in njegovo **priložnost za vzpostavitev stikov s podjetji v zasebnem sektorju**³⁴. O pomanjkanju tržne usmerjenosti nadzorovanega subjekta je mogoče sklepati, kadar je **geografski obseg** dejavnosti nadzorovanega subjekta omejen na ozemlje naročnikov, v lasti katerih je, in kadar je **obseg njegovih dejavnosti** (z drugimi besedami cilji, ki jih skuša doseči)³⁵ omejen na opravljanje nalog za navedene naročnike. Na podlagi tega preskusa je bilo ugotovljeno, da je notranji nadzor obstajal v zadevah *Coditel* in *Sea*, v zadevi *Parking Brixen* pa ne.

Nadzorovani subjekt lahko **vzpostavi stike s podjetji v zasebnem sektorju**, če so ti postranskega pomena v razmerju do glavnih dejavnosti subjekta, npr. upravljanje javnih storitev³⁶. S popolno prepovedjo stikov s podjetji v zasebnem sektorju bi drugo merilo *Teckal* izgubilo pomen.

Primer: Če je glavna dejavnost notranjega subjekta zbiranje in ločevanje odpadkov za nadzorne naročnike, je njegova pomožna dejavnost lahko prodaja posebnih vrst zbranih odpadkov specializiranim subjektom zasebnega sektorja z namenom njihove reciklaže³⁷.

³⁰ Glej opombo pod črto 22.

³¹ Zadeva *Carbotermo*, točka 38, in zadeva *Parking Brixen*, točka 70.

³² Zadeva *Carbotermo*, točki 38 in 39.

³³ Glej opombo pod črto 27.

³⁴ Zadeva C-324/07, *Coditel*, točka 36, in zadeva C-573/07, *Sea*, točka 73.

³⁵ Zadeva *Coditel*, točka 38, in zadeva *Sea*, točke 74–76.

³⁶ Zadeva C-573/07, *Sea*, točki 79 in 80.

³⁷ Zadeva C-573/07, *Sea*, točka 78.

3.2.3. *Drugo merilo Teckal: pretežni del dejavnosti notranjega subjekta morajo biti naloge, ki mu jih dodelijo nadzorni subjekti (gospodarska odvisnost)*

Da bi za nadzorovani subjekt veljala izjema na podlagi notranjega razmerja, mora ta opravljati **pretežni del svojih dejavnosti** v okviru nadzornega naročnika ali nadzornih naročnikov. Namen tega merila je zagotoviti, da se pravo EU o javnem naročanju uporablja tudi v primeru, ko je subjekt, ki ga nadzira en ali več naročnikov, dejaven na trgu in torej lahko konkurira z drugimi podjetji³⁸.

V zadevi *Carbotermo* je Sodišče ugotovilo, da prag na podlagi prometa v višini 80 %, določen v direktivi o gospodarskih javnih službah, nad katerim naročila, oddana povezanim podjetjem, ne spadajo v področje uporabe navedene direktive, ni mogoče uporabiti kot referenčne vrednosti za namene direktive o javnem sektorju³⁹.

V isti sodbi je Sodišče izčrpno pojasnilo besedno zvezo „pretežni del dejavnosti“⁴⁰. Po mnenju Sodišča je to merilo izpolnjeno le, če so dejavnosti notranjega subjekta v **glavnem** namenjene naročniku. Vsaka druga dejavnost mora biti le **postranskega pomena**.

Za oceno tega so pomembne **vse dejavnosti, ki jih notranji subjekt izvaja kot del naročila, ki mu ga je dodelil naročnik. Ta premislek je pomemben** ne glede na identiteto prejemnika (ali je to naročnik sam ali uporabnik storitev), subjekt, ki plačuje naročnika (ali je to nadzorni organ ali tretja oseba kot uporabnik storitev), ali ozemlje izvajanja storitev.

Kadar je notranji subjekt pod nadzorom več naročnikov, je pogoj glede „pretežnega dela svojih dejavnosti“ lahko izpolnjen, če navedeni notranji subjekt opravlja navedene dejavnosti ne nujno z enim od navedenih naročnikov, ampak z vsemi navedenimi naročniki skupaj. V skladu s tem so **dejavnosti, ki se upoštevajo v primeru notranjega subjekta, ki ga nadzoruje več naročnikov, tiste, ki jih ta subjekt opravlja z vsemi navedenimi naročniki skupaj**⁴¹.

3.2.4. *Dodatna odprta vprašanja glede notranjih subjektov*

V sodni praksi Sodišča naslednja vprašanja še niso bila neposredno obravnavana, vendar se v praksi lahko pojavijo v naslednji obliki:

- Ali je v nadzornih subjektih možna udeležba zasebnega kapitala?

³⁸ Zadeva *Carbotermo*, točka 60.

³⁹ Zadeva *Carbotermo*, točka 55. (Ta sodba se je nanašala na „staro“ direktivo o gospodarskih javnih službah (93/38). Vendar člen 23 „nove“ direktive o gospodarskih javnih službah (2004/17/ES) podobno določa prag na podlagi prometa v višini 80 %, nad katerim naročila, oddana t. i. povezanim podjetjem, morda ne spadajo na področje uporabe navedene direktive.)

⁴⁰ Zadeva *Carbotermo*, točke 63–68.

⁴¹ Zadeva *Carbotermo*, točki 70 in 71.

Vprašanje v zvezi z možnostjo udeležbe zasebnega kapitala v nadzornih subjektih se lahko pojavi pri osebah javnega prava. Ni mogoče izključiti, da bi ti še naprej lahko izvajali notranji nadzor nad drugim subjektom.

- Ali je možna oddaja naročila „od spodaj navzgor“ (nadzorovani subjekt dodeli pogodbo matičnemu subjektu)?

Glede „oddaje naročil od spodaj navzgor“ se ugotavlja, da je notranja povezanost subjektov, tj. odsotnost subjektov z neodvisno voljo, še vedno prisotna, zato za tako naročilo ne bi veljali predpisi EU o javnem naročanju.

- Ali so možna naročila med „notranjima sestrskima subjektoma“ (naročila med dvema notranjima subjektoma, ki ju nadzoruje isti matični subjekt)?

Pri naročilih med dvema „notranjima sestrskima subjektoma“ se ta dva subjekta med sabo ne nadzorujeta, ampak sta pod nadzorom istega matičnega subjekta. Ne zdi se, da bi sodna praksa o „notranjem razmerju“ običajna javna naročila med temi subjekti („notranja sestrska subjekta“) izvzemala iz področja uporabe predpisov o javnem naročanju, saj nobeden od subjektov ne nadzoruje drugega. Vendar bi bilo sodno prakso o notranjem razmerju možno formalno upoštevati, kadar npr. naročnik, ki ima v lasti oba notranja subjekta in ju tudi nadzoruje, določeno blago naroči pri eni od svojih notranjih družb, dobavo pa preusmeri k drugi.

3.3. Neinstitucionalizirano/horizontalno sodelovanje pri skupnem opravljanju nalog javnega značaja⁴²

3.3.1. Glavne značilnosti horizontalnega sodelovanja med naročniki, ki je zunaj področja uporabe predpisov EU o javnem naročanju

V sodbi *Hamburg*⁴³ je Sodišče sprejelo tudi sodelovanje med javnimi subjekti zunaj koncepta uporabe notranjih subjektov pod skupnim nadzorom. Sodišče je poudarilo, da v skladu s pravom EU naročnikom ni treba uporabiti nobene posebne pravne oblike za skupno izvajanje nalog javnih storitev⁴⁴. Za namene tega dokumenta je ta vrsta sodelovanja označena kot „neinstitucionalizirana“ ali „horizontalna“ in vključuje različne naročnike.

Doslej je to edina sodba Sodišča o sodelovanju med javnimi subjekti, ki ne vključuje notranjih subjektov pod skupnim nadzorom. Zdi se, da odločitev Sodišča temelji na številnih posebnih okoliščinah, pomembnih za ta primer.

⁴² Sodišče tega izraza pri sklicevanju v svojih sodbah ni posebej opredelilo, zato lahko zajema naloge (i), ki jih je naročnik dejansko izvedel, (ii) naloge, ki jih lahko zakonito izvaja, ali (iii) naloge, ki jih po zakonu mora izvesti. Službe Komisije menijo, da je ta pojem možno razlagati široko.

⁴³ Glej opombo pod črto 6.

⁴⁴ Idem, točka 47.

Vendar se ob upoštevanju vidikov sodbe, ki bi lahko bili splošnega pomena, zdi razumno sklepati, da lahko naročniki horizontalno sodelujejo (brez ustanovitve „notranjega“ subjekta pod skupnim nadzorom), kar vključuje sklepanje dogovorov, ki so zunaj področja uporabe predpisov EU o javnem naročanju, če so izpolnjeni vsaj naslednji pogoji:

- v dogovor so vključeni le naročniki brez udeležbe zasebnega kapitala;⁴⁵
- dogovor vzpostavlja resnično sodelovanje, katerega cilj je, v nasprotju z običajnimi javnimi naročili, skupna izvedba skupne naloge ter
- sodelovanje usmerjajo le premisleki, povezani z javnim interesom.

3.3.2. Razlika med pristnim „sodelovanjem“ in običajnim javnim naročilom

Na podlagi sodbe v zadevi *Hamburg* je cilj sodelovanja **skupno zagotavljanje izvajanja naloge javnega značaja, ki jo morajo opraviti vsi partnerji sodelovanja**. Skupno izvajanje nalog pomeni sodelovanje in medsebojne obveznosti pogodbenih partnerjev, s čimer se ustvarjajo sinergije. Pri tem pa ni nujno, da vsi sodelujoči partnerji v enaki meri sodelujejo pri dejanskem izvajanju naloge – sodelovanje lahko temelji na delitvi nalog ali določeni meri specializacije. Vendar mora biti **cilj** pogodbe **skupen**, tj. skupno izvajanje iste naloge.

Primer: če je skupni cilj sodelujočih partnerjev ravnanje z odpadki, si lahko partnerja sodelovanja razdelita zadevne naloge tako, da eden odpadke zbira, drugi pa jih sežiga.

Iz splošne razlage sodne prakse ravno tako izhaja, da mora imeti dogovor značilnosti resničnega sodelovanja v nasprotju z običajnim javnim naročilom, pri katerem ena stran izvaja določeno nalogo v zameno za plačilo⁴⁶. Takšna enostranska dodelitev naloge med naročnikoma se ne more šteti za sodelovanje.

Primer: gospodarska javna služba enega mesta dobavlja elektriko upravnim zgradbam drugega mesta brez predhodnega postopka javnega naročanja.

Sodelovanje usmerjajo premisleki, povezani z doseganjem ciljev v javnem interesu. Vključuje lahko medsebojne pravice in obveznosti, ne pa finančnih **transferjev** med javnimi sodelujočimi partnerji razen tistih, ki so povezani s povračilom **dejanskih** stroškov del/storitev/dobav: zagotavljanje storitev v zameno za plačilo je značilno za javna naročila, ki jih urejajo predpisi EU o javnem naročanju.

⁴⁵ V sodbi v zadevi *Hamburg* se Sodišče sklicuje na „javne organe“, vendar bi bilo lahko po mnenju služb Komisije tako horizontalno sodelovanje odprto za vse kategorije naročnikov, tj. tudi za osebe javnega prava. Po drugi strani je logična posledica merila, da pri takem horizontalnem sodelovanju ne sme biti udeležen zasebni kapital, ta, da sodelovanje ni odprto za osebe javnega prava, če je udeležen zasebni kapital.

⁴⁶ Zadeva C-275/08, *Komisija proti Nemčiji*, ZOdl. 2009, str. I-00168.

3.3.3. Možne omejitve v zvezi z dejavnostmi na komercialnem trgu

Sodišče je izjavilo, da morajo sodelovanje usmerjati le premisleki v javnem interesu. Zato ne bi bilo izključeno iz področja uporabe predpisov EU o javnem naročanju, če bi ga usmerjali oziroma v glavnem določali drugi premisleki, zlasti komercialni. Zato sodelujoči partnerji načeloma v okviru sodelovanja ne bi smeli izvajati dejavnosti na trgu. Povedano drugače, dogovor o sodelovanju ne bi smel vključevati dejavnosti, ki se ponujajo na prostem trgu⁴⁷.

Primer: če bi v zadevi *Hamburg* sodelujoča partnerja zgradila napravo za sežiganje odpadkov, katere zmogljivost bi presejala njune potrebe, in bi bil njun cilj prodaja presežnih zmogljivosti na odrtem trgu, sodelovanja med njima ne bi usmerjali zgolj premisleki in zahteve v javnem interesu.

3.4. Povzetek

Na podlagi navedenega je možno ugotoviti, da za običajna javna naročila med naročniki veljajo zahteve za oddajo javnega naročila (na primer za nakup določenih storitev od drugega naročnika). Vendar lahko naročniki vzpostavijo mehanizme za medsebojno sodelovanje, pri čemer so lahko taki mehanizmi institucionalizirani ali ne⁴⁸.

Službe Komisije menijo, da sta obe obliki sodelovanja med javnimi subjekti, tj. vertikalno in horizontalno sodelovanje, enakovredni sredstvi, na voljo naročnikom pri organizaciji izvajanja nalog javnega značaja zunaj področja uporabe predpisov EU o javnem naročanju. Sodišče je jasno potrdilo, da v skladu s pravom EU naročnikom ni treba uporabiti nobene posebne pravne oblike za skupno izvajanje nalog javnih storitev. Obe vrsti sodelovanja med javnimi subjekti, ki se odvija zunaj predpisov EU o javnem naročanju, sta si sicer strukturno različni, vendar si delita nekatere skupne značilnosti.

- Uporaba lastnih sredstev pri sodelovanju z drugimi subjekti

⁴⁷ Kadar bi bilo iz praktičnih razlogov popolno izvzetje v nasprotju z javnim interesom, ki usmerja sodelovanje (npr. razumna uporaba virov z gospodarskega vidika), bi se lahko dovolile izključno dopolnilne in obrobne dejavnosti s subjekti, ki niso udeleženi v sodelovanju (razumna uporaba dodatnih neizkoriščenih zmogljivosti).

⁴⁸ Trdilo se je, da je zaradi začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe sodno prakso Sodišča na tem področju možno razlagati drugače. Lizbonska pogodba v pravni sistem EU kot celoto vnaša velike spremembe, ki jih je treba upoštevati pri razlagi sekundarne zakonodaje EU. Ena od pomembnih sprememb, ki jih uvaja Lizbonska pogodba, je priznanje lokalne in regionalne samouprave (člen 4(2) PEU). Poleg tega člen 1 Protokola št. 26 o storitvah splošnega pomena priznava bistveno vlogo in široko polje proste presoje nacionalnih, regionalnih in lokalnih organov pri zagotavljanju, naročanju in organiziranju storitev splošnega gospodarskega pomena, in sicer čimbolj v skladu s potrebami uporabnikov; Te določbe potrjujejo pravico organov do odločanja, kako izvajati storitve, ki so jih dolžni zagotoviti državljanom. Vendar je jasno, da je treba to pravico, ki tudi prej nikoli ni bila izpodbijana, izvajati v skladu z drugimi določbami prava EU. Zato lahko nekatere odločitve, ki jih sprejmejo naročniki, zahtevajo spoštovanje predpisov EU o javnem naročanju. Pravo EU od naročnikov ne zahteva eksternalizacije, temveč da zagotovijo, da bo vsaka njihova odločitev o vključitvi ločenega subjekta, javnega ali zasebnega, sprejeta v skladu z načeli preglednosti in nediskriminacije.

Naročnik lahko izvaja naloge v javnem interesu s svojimi lastnimi viri brez vključitve subjektov zunaj njegovih služb, pri čemer lahko sodeluje z drugimi naročniki⁴⁹, in sicer v okviru institucionaliziranega sodelovanja prek notranjega subjekta pod skupnim nadzorom ali v neinstitucionalizirani obliki.

- Sodelovanje, omejeno na naročnike – brez udeležbe zasebnega kapitala

Drugič, zdi se, da iz sodne prakse Sodišča⁵⁰ jasno izhaja, da mora biti vsako sodelovanje med javnimi subjekti, ki naj bi bilo izvezeto iz uporabe predpisov EU o javnih naročilih, izključno javno. Če je v enem od sodelujočih subjektov udeležen zasebni kapital, sodelovanja ni mogoče izvzeti iz področja uporabe predpisov o javnem naročanju⁵¹.

- Brez tržne usmeritve

Če so naročniki tržno usmerjeni, so v neposredni konkurenci z zasebnimi gospodarskimi subjekti, ki si prizadevajo za doseg istih ali podobnih tržnih ciljev z istimi ali podobnimi tržnimi instrumenti. Sodelovanje, izvezeto iz predpisov o javnem naročanju in namenjeno opravljanju nalog javnega značaja, lahko vključuje samo subjekte, ki v glavnem ne izvajajo tržno usmerjenih dejavnosti. To je zlasti posledica dejstva, da morajo biti partnerji sodelovanja naročniki. Status javnih organov omejuje njihove dejavnosti, osebe javnega prava pa morajo biti „ustanovljeni za točno določen namen zagotavljanja potreb v javnem interesu brez industrijskega ali komercialnega značaja“.

Poleg tega mora notranji subjekt, vključen v vertikalno sodelovanje, pretežni del svojih dejavnosti opraviti za naročnika, ki nad njim izvaja nadzor. Kakršna koli dejavnost, ki se izvaja na trgu, mora biti postranskega pomena v razmerju do glavnih dejavnosti, saj bi morebitna tržna usmeritev lahko ogrozila skupni nadzor, ki ga zahteva vertikalno sodelovanje.

Glede horizontalnega sodelovanja je Sodišče izjavilo, da sodelovanje med javnimi organi ne ogroža glavnega cilja predpisov EU o javnem naročanju, tj. prostega pretoka storitev ter proste in neizkrivljene konkurence v vseh državah članicah, če poteka v skladu s premisleki in zahtevami, povezanimi s cilji v javnem interesu⁵². Ti pogoji so zagotovljeni, če sodelovanje ne vključuje tržnih premislekov.

- Način povezanosti med partnerji sodelovanja

V sodbi v zadevi *Hamburg* je Sodišče poudarilo, da naročniki, ki želijo skupaj opravljati naloge v javnem interesu, po zakonodaji EU niso dolžni uporabiti nobene posebne pravne oblike. Kljub temu je glede obeh oblik vertikalnega in horizontalnega sodelovanja med javnimi organi treba navesti, da je način povezanosti med sodelujočimi subjekti različen in ga je zato treba ustrezno obravnavati.

⁴⁹ Zadeva *Coditel*, točki 48 in 49. Zadeva *Hamburg*, točka 45.

⁵⁰ Zadeva C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵¹ Zadeva *Stadt Halle*; zadeva *Hamburg*, točki 44 in 47.

⁵² Zadeva *Hamburg*, točka 47.

Pri institucionaliziranem sodelovanju lahko obstoj (skupnega) notranjega nadzora povzroči, da je iz področja uporabe predpisov o javnem naročanju možno izvzeti celo dogovor, ki bi ga ti predpisi sicer pokrivali. Povedano drugače, notranja izjema se navezuje na javno naročilo za izvedbo dejavnosti v zameno za plačilo, ki ga urejajo druge določbe.

Nasprotno pa se pri neinstitucionaliziranem sodelovanju, da bi se to razlikovalo od običajnega javnega naročila, zdi pomembno, da prva oblika sodelovanja vključuje vzajemne pravice in obveznosti, ki presegajo „izvajanje naloge v zameno za plačilo“, in da namen sodelovanja ni komercialne narave.

Povzetek

I. Javno naročilo med neodvisnimi naročniki → uporaba predpisov o javnem naročanju

II. Naročniki skupaj izvajajo nalogo javnega značaja, pri čemer uporabljajo lastne vire

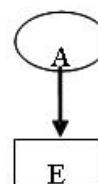
a) Notranji nadzor (naročnik dodeli naročilo svojemu notranjemu subjektu)

3 skupni pogoji:

- brez zasebnega kapitala v notranjem subjektu
- naročnik (ali naročniki skupaj) nadzoruje notranji subjekt, podobno kot bi naročnik izvajal nadzor nad svojimi službami
- notranji subjekt izvaja pretežni del svojih dejavnosti za naročnika ali naročnike, ki nad njim izvajajo nadzor

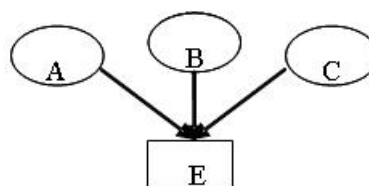
En sam naročnik nadzoruje svoj notranji subjekt

A je naročnik, E pa ločen pravni subjekt, ki je tako organizacijsko kot gospodarsko odvisen od A



Več naročnikov skupaj nadzoruje notranji subjekt

A, B in C so naročniki, E pa je ločen pravni subjekt, ki je tako organizacijsko kot gospodarsko odvisen od vseh treh naročnikov



b) Sodelovanje med naročniki brez ustanovitve posebne strukture

3 pogoji:

- v dogovor so vključeni le naročniki in ni udeležbe zasebnega kapitala;
- dogovor vzpostavlja resnično sodelovanje, katerega cilj je, v nasprotju z običajnimi javnimi naročili, skupno izvajanje skupnih nalog, in
- sodelovanje usmerjajo le premisleki, povezani z javnim interesom.

4. IZVAJANJE NALOGE JAVNEGA ZNAČAJA Z ZUNANJIMI VIRI – DRUGE VRSTE SODELOVANJA MED JAVNIMI SUBJEKTI

Ta oddelek obravnava primere, v katerih se naloge v javnem interesu, za katerih izvajanje je zadolžen naročnik, opravijo z zunanjimi viri in ne z viri naročnika. Tak primer je na primer, ko se **pristojnost** za izvedbo določene naloge javnega značaja kot taka prenese na drug javni organ. Za **izvedbo** določene naloge je lahko zadolžen tudi drug subjekt. To se lahko izvede (i) brez pogodbenih vezi ali (ii) z vključitvijo drugega naročnika, ki ima izključno pravico, ali (iii) s skupnim javnim naročilom z drugimi naročniki ali prek osrednjih nabavnih organov.

4.1. Razdelitev pristojnosti med javnimi organi

Pravna pristojnost za izvedbo naloge javnega značaja se lahko razume kot izključna obveznost in pravica za izvedbo te naloge z lastnimi upravnimi, tehničnimi in drugimi sredstvi ali z vključitvijo zunanjih subjektov. Pojem pristojnosti za izvedbo določene naloge javnega značaja vključuje javno oblast, potrebno za določitev regulativnega okvira za izvedbo te naloge na ravni zadevnega organa.

Organizacija nacionalne uprave ni v pristojnosti EU. Zato mora vsaka posamezna država članica (ponovno) organizirati svojo upravo in – kot del take ponovne organizacije – omogočiti prenos pristojnosti za izvedbo zadevnih nalog javnega značaja z enega javnega organa na drugega. (Zaradi svoje narave zgoraj opisani postopek ne vključuje zasebnih subjektov ali subjektov z mešanim kapitalom.)

Cilj predpisov o javnem naročanju je urejanje primerov, kadar naročnik nabavlja blago, storitve ali dela, tj. nabavlja proizvode določenih gospodarskih dejavnosti, da bi izpolnil svoje lastne potrebe ali potrebe državljanov. Naročnik, ki prenese vse pristojnosti za izvedbo določene naloge javnega značaja na nekoga drugega, ne kupuje storitev za svoje lastne potrebe, temveč odgovornost za izvedbo določene naloge prenese na drugi subjekt.

Prenos pristojnosti za izvedbo določene naloge javnega značaja z enega naročnika na drugega ne urejajo predpisi o javnem naročanju, ki deloma temeljijo na členu 56 PDEU (nekdanji člen 49 PES), tj. na svobodi opravljanja storitev.

Prenos pristojnosti za izvedbo določene naloge javnega značaja z enega javnega organa na drugega pomeni prenos tako javne oblasti kot vseh povezanih gospodarskih dejavnosti. Na področju ravnanja z odpadki na primer prenos vseh pristojnosti pomeni prenos pravice določanja cen, predpisov za zbiranje, razvrščanje, shranjevanje in obdelavo odpadkov, kot tudi pravice upravljanja in izvedbe naloge v skladu s temi predpisi. Vse te pravice tvorijo javno oblast. Del teh pravic je pravica določiti, kako je treba izvajati konkretne gospodarske dejavnosti, potrebne za izpolnitev naloge javnega značaja (npr. zbiranje, prevoz, shranjevanje, odlaganje in reciklaža odpadkov): tj. ali mora te dejavnosti izvesti javni organ sam ali tretja oseba, ki jo je ta organ pooblastil.

Čeprav v državah članicah prihaja do primerov prenosa pristojnosti, tega izrecno ne priznavata niti zakonodaja EU niti sodna praksa Sodišča.

Sodišče je v eni zadevi⁵³ omenilo prenos javne oblasti, ko se je država članica sklicevala na prenos pristojnosti z javnega organa na tretjo osebo. V skladu s to sodno prakso **ne** gre za prenos pristojnosti, če:

- je javni subjekt, ki je prvotno pristojen za izvedbo naloge, še naprej odgovoren za projekt, saj je pravno zavezan, da opravi svojo nalogo;
- lahko novi subjekt sprejme pravno pomembne ukrepe šele potem, ko je prvotno pristojni javni subjekt v to privolil, in
- financiranje novega subjekta zagotovi javni subjekt, ki je prvotno pristojen za izvedbo naloge, kar pomeni, da novi subjekt nima manevrskega prostora.

Na podlagi tega se prenos pristojnosti z enega javnega organa na drugega kot del ponovne organizacije javne uprave prepozna po svoji celovitosti. Organ, ki pristojnost prenaša na drug organ, ne zadrži nobene odgovornosti. Organ, na katerega je bila prenesena pristojnost, mora pristojnost izvajati neodvisno in na svojo lastno odgovornost.

Organ, ki prenaša pristojnost, zlasti ne zadrži pravice določanja izvajanja gospodarskih dejavnosti v okviru zadevne naloge javnega značaja. Take gospodarske naloge se izvajajo v pristojnosti organa, na katerega so bile prenesene pristojnosti.

Vendar to ne izključuje možnosti, da organ, ki prenaša pristojnosti, v določeni meri vpliva na konkretno organizacijo izvajanja zadevne naloge javnega značaja. V praksi so uradniki javnega organa, ki prenaša pristojnosti, lahko člani izvršnega odbora ali upravljalnega odbora organa, na katerega je bila prenesena pristojnost za izvedbo zadevne naloge javnega značaja. Organ, ki prenaša pristojnost, lahko prav tako zadrži pravico do prejemanja nekaterih informacij.

Na podlagi tega se lahko sklene, da se predpisi EU o javnem naročanju ne uporabljajo, kadar npr. več javnih organov sklene, da bodo ustanovili nov subjekt, na katerega bodo v celoti prenesli določeno pristojnost, ali kadar je javni organ sklenil prenesti svojo pristojnost na že obstoječ subjekt in je nato nalogo javnega značaja opravil organ, na katerega je bila pristojnost prenesena, in sicer v popolni neodvisnosti in na svojo lastno odgovornost, javni organi, ki so pristojnost prenesli, pa niso zadržali nobene oblike nadzora nad storitvijo.

4.2. Nepogodbena dodelitev nalog

Direktivi EU o javnem naročanju predpostavljata obstoj pogodbe, za katero sta potrebna vsaj dva pravno ločena subjekta, ki sta drug od drugega neodvisna pri sprejemanju odločitev⁵⁴. Pogodba je v bistvu soglasje volje pogodbenih strank, kar pomeni, da se

⁵³ Zadeva C-264/03 *Komisija proti Franciji*, ZOdl. 2005, str. I-08831, točka 54. Glej tudi mnenje generalnega pravobranilca Madura z dne 24. novembra 2004, točke 39–41.

⁵⁴ Zadeva *Teckal*, točka 51.

lahko stranke odločijo, ali želijo skleniti ali razdreti pogodbeno vez⁵⁵. Drugi znak obstoja pogodbe je sposobnost pogodbenih strank za pogajanja o dejanski vsebini storitev, ki jih je treba zagotoviti, in cenah navedenih storitev⁵⁶. Pogodba pomeni dvostranski odnos. Če pogodbe ni, se direktivi EU o javnem naročanju ne uporabljata. Sodišče v svoji sodni praksi ugotavlja, da dejavnost ne spada v področje uporabe direktiv EU o javnem naročanju, če subjekt dejavnost izvaja na podlagi obveznosti, ki mu jih nalaga nacionalna zakonodaja in ne na pogodbeni osnovi.

Podrobneje, Sodišče je v zadevi *Tragsa*⁵⁷ ugotovilo, da javno podjetje Tragsa na podlagi ustreznih nacionalnih predpisov, ni imelo izbire glede sprejetja naloge ali cene za svoje storitve, ampak je bilo zakonsko obvezano izvršiti zahteve naročnika, ker je bilo orodje in tehnična služba navedenega naročnika. Sodišče je trdilo, da odnosi med podjetjem Tragsa in naročniki, ki so uporabljali njegove storitve, niso bili pogodbeni, ampak je v vseh vidikih šlo za notranje odnose, odnose odvisnosti in podrejenosti⁵⁸. Zato se direktivi EU o javnem naročanju za to vrsto odnosa ne uporabljata.

Vendar je treba omeniti, da uporaba Pogodbe o delovanju Evropske unije ni odvisna od obstoja pogodbe. Pogodba se uporablja vedno, kadar naročnik „na tretjega prenese opravljanje gospodarskih dejavnosti.“⁵⁹. Nasprotno Sodišče priznava izjemo na podlagi notranjega razmerja tudi v okviru Pogodbe.

4.3. Razmerje med predpisi o javnem naročanju in nekaterimi izključnimi pravicami

Če ima naročnik izključno pravico v smislu člena 18 Direktive 2004/18/ES, lahko drugi naročniki zadevna naročila za izvedbo storitev oddajo samo temu subjektu. Ta določba je bila uvedena zlasti zato, da bi se izognili konkurenčnim postopkom za oddajo javnih naročil v primerih, kadar se zaradi obstoja izključne pravice zadevno naročilo lahko odda le enemu naročniku.

V splošni rabi bi lahko pojem „izključne pravice“ zajemal povsem različne stvarnosti, ki segajo od pridržanja pravice naročnikov do celotnega gospodarskega sektorja do izključne dodelitve točno določene naloge točno določenemu podjetju. Vendar vsaka izključna pravica ne upravičuje izvzetja iz oddaje javnih naročil storitev. Člen 18 določa, da mora zadevna izključna pravica temeljiti na objavljenih zakonih, podzakonskih aktih ali drugih predpisih, skladnih s Pogodbo. **Člen 18 obravnava pravice, ki jih imajo določeni javni organi za zagotavljanje nekaterih storitev javnemu sektorju na podlagi izključne pravice.** Omejitev te izjeme na naročila, oddana subjektom, ki so sami naročniki, zagotavlja konkurenčnost javnega naročanja na trgih na koncu prodaje

⁵⁵ Zadeva C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa) in Administración del Estado*, ZOdl. 2007, str. I-02999, točka 54, in zadeva C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia proti Administración General del Estado*, ZOdl. 2007, str. I-12175, točka 55.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Zadeva C-295/05, *Tragsa*.

⁵⁸ Zadeva C-295/05, *Tragsa*, točka 51.

⁵⁹ Zadeva *Parking Brixen*, točka 61.

verige, saj mora naročnik, ki uživa izključno pravico, pri svojih lastnih nakupih upoštevati direktivi EU o javnem naročanju.

- Združljivost s Pogodbo

Zakoni, podzakonski akti ali drugi predpisi morajo biti združljivi z ustreznimi členi Pogodbe, zlasti s členom 49 (nekdanji člen 43 PES) in 56 PDEU (nekdanji člen 49 PES) ter s predpisi in načeli, ki izhajajo iz teh členov. Ti predpisi in načela vključujejo nediskriminacijo, preglednost, sorazmernost, medsebojno priznavanje in zaščito pravic posameznikov.

Izključna pravica, ki po definiciji omejuje svobodo drugih subjektov do zagotavljanja storitev, je upravičena zgolj pod določenimi pogoji⁶⁰.

Tako mora biti izključna pravica upravičena z izjemo, ki jo izrecno določajo Pogodba (izvajanje javne oblasti (člen 51 PDEU (nekdanji člen 45 PES)), razlogi javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja (člen 52 PDEU (nekdanji člen 46 PES)) ali, v skladu s sodno prakso Sodišča, z nujnimi zahtevami v splošnem interesu, ki morajo biti ustrezne glede na zastavljeni cilj in ne smejo presegati tega, kar je nujno za doseg tega cilja, in se morajo v vsakem primeru uporabljati nediskriminatorno⁶¹⁶².

- Ali zahteva po nediskriminatornosti predpostavlja, da je treba izključno pravico dodeliti na konkurenčni podlagi?

Kakor je navedeno, člen 18 obravnava pravice, ki jih imajo določeni organi javnega sektorja za zagotavljanje nekaterih storitev javnemu sektorju na podlagi izključne pravice. Če je omejitev svobode do zagotavljanja storitev upravičena z nujno zahtevo v splošnem interesu, je eden od pogojev, ki mora biti izpolnjen, ta, da mora biti zadevni ukrep nediskriminatoren. To pomeni, da na splošno noben zasebni subjekt ne sme uživati več prednosti kot njegovi konkurenti. Torej si je v primeru, da se izključna pravica dodeli naročniku in je udeležen zasebni kapital (npr. pri osebah javnega prava), težko predstavljati, kako bi se to načelo spoštovalo brez preglednega postopka, ki zagotavlja enako obravnavo⁶³. Vendar glede na prakso in namen člena 18 kot tudi nedavno sodno

⁶⁰ Zadeva 203/08, *The Sporting Exchange Ltd*, ki posluje pod imenom *Betfair*, proti *Minister van Justitie*, 2010, neobjavljeno, točke 23–25; zadeva C-124/97, *Markku Juhani Läärrä, Cotswold Microsystems Ltd in Oy Transatlantic Software Ltd* proti *Kihlakunnansyöttäjät (Jyväskylä) in Suomen valtio (Finska država)*, Recueil 1999, str. I-06067, točke 29–31; zadeva C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International Ltd* proti *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, ZOdl. 2009, str. I-07633, točke 52–55.

⁶¹ Zadeva C-243/01, *Gambelli*, Recueil 2003, str. I-13031, točka 65; zadeva C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda in drugi* proti *Commissariaat voor de Media*, Recueil 1991, str. I-04007.

⁶² Poleg tega lahko odločitve za dodelitev izključnih pravic podjetjem privedejo do kršitve Pogodbe, kadar zahteve javnih storitev, ki jih mora zagotoviti ponudnik storitev, niso ustrezno določene (zadeva C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, Recueil 1989, str. I-803), kadar ponudnik storitev očitno ni zmožen izpolniti zahtev (zadeva C-41/90, *Höfner*, Recueil 1991, str. I-1979) ali kadar obstaja druga možnost za izpolnitev zahtev, ki bi imela manj negativnih učinkov na konkurenco (zadeva T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Recueil 1999, str. II-2329). Poleg tega pogoj, da mora biti zagotovitev izključne pravice združljiva s Pogodbo, ni izpolnjen, če ukrep, s katerim je dodeljena, ni združljiv s sekundarno zakonodajo EU (C-220/06, *Correos*, točke 64–66.)

⁶³ Po analogiji glej zadevo C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, točki 47 in 50.

prakso v zvezi s primerljivimi primeri to morda ni potrebno, če je nosilec izključne pravice državni organ, kot npr. naročnik brez zasebnega kapitala⁶⁴.

4.4. Razmerje med naročniki v okviru skupnih ali centraliziranih dogovorov o naročanju

Skupno naročanje lahko poteka v različnih oblikah, od priprave posebnega skupnega javnega razpisa do dosledne uporabe specializacije (npr. en naročnik je odgovoren za nekatere vrste naročil, ki jih morajo uporabljati vsi zadevni subjekti, drugi naročnik pa izvaja druge vrste naročil itd.) do vzpostavitve posebne strukture (organa) za skupno oddajo javnih naročil. Za odnose med različnimi udeleženci se v nekaterih primerih, odvisno od izbrane metode, lahko uporabljajo predpisi EU o javnem naročanju.

Pri enostavnem upravnem sodelovanju za določitev skupnih specifikacij, ki ne zahteva pogodb za plačilo med sodelujočimi stranmi, tj. ko se javni organi omejuje na organizacijo skupnega javnega razpisa, ti organi skupaj uporabljajo predpise o javnem naročanju, vendar se za njihovo sodelovanje ti predpisi ne veljajo. V skladu s členom 1(9) Direktive 2004/18/ES so naročniki med drugim združenja, ki jih ustanovijo bodisi en ali več teh organov, to pomeni en ali več regionalnih ali lokalnih organov ali oseb javnega prava. Ta določba je lahko pomembna pri sodelovanju med javnimi subjekti.

Države članice so poleg tega oblikovale nekatere centralizirane načine nabave. Centralni nabavni organi so naročniki, odgovorni za naročanje ali oddajo javnih naročil/sklepanje okvirnih sporazumov za druge naročnike. Člen 11 Direktive 2004/18/ES izrecno določa, da lahko naročniki nabavijo gradnje, blago in/ali storitve od ali prek centralnega nabavnega organa. Centralni nabavni organi lahko delujejo kot trgovci na debelo (v tem primeru nabavljajo, da lahko organi nabavljajo *od* njih) ali pa kot posredniki, ki so odgovorni za postopke oddaje javnih naročil in upravljanje pogodb, tako da lahko drugi naročniki naročajo *prek* njih. V obeh primerih postopek javnega naročanja zaradi odnosa med centralnim nabavnim organom in naročniki, ki od njega nabavljajo oziroma naročajo, ni potreben pod pogojem, da centralni nabavni organ svoja javna naročila odda skladu z ustrežno direktivo EU o javnem naročanju.

⁶⁴ Idem, točke 59–60.

PRILOGA I

Seznam zadev

Zadeva C-480/06, *Komisija proti Nemčiji*, Recueil 2009, str. I-04747.

Zadeva C-107/98, *Teckal Srl proti Comune di Viano in Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Recueil 1999, str. I-08121, točka 50.

Zadeva C-84/03, *Komisija proti Španiji*, ZOdl. 2005, str. I-00139.

Zadeva C-26/03, *Stadt Halle in RPL Recyclingpark Lochau GmbH proti Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ZOdl. 2005, str. I-00001.

Zadeva C-324/07, *Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle in Région de Bruxelles-Capitale*, ZOdl. 2008, str. I-08457.

Zadeva C-573/07, *Sea Srl proti Comune di Ponte Nossa*, ZOdl. 2009, str. I-08127.

Zadeva C-29/04, *Komisija proti Avstriji*, ZOdl. 2005, str. I-09705.

Zadeva C-340/04, *Carbotermo SpA in Consorzio Alisei proti Comune di Busto Arsizio in AGESP SpA.*, ZOdl. 2006, str. I-04137.

Zadeva C-458/03, *Parking Brixen GmbH proti Gemeinde Brixen in Stadtwerke Brixen AG.*, ZOdl. 2005, str. I-08585.

Zadeva C-371/05, *Komisija proti Italiji*, ZOdl. 2008, str. I-00110.

Zadeva C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) proti Comune di Cingia de' Botti*, ZOdl. 2005, str. I-07287.

Zadeva 275/08, *Komisija proti Nemčiji*, ZOdl. 2009, str. I-00168.

Zadeva C-264/03, *Komisija proti Franciji*, ZOdl. 2005, str. I-08831.

Zadeva C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) proti Transformación Agraria SA (Tragsa) in Administración del Estado*, ZOdl. 2007, ECR I-02999.

Zadeva 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, ki posluje pod imenom Betfair, proti Minister van Justitie*, 2010, neobjavljeno, točke 23–25.

Zadeva C-124/97, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd in Oy Transatlantic Software Ltd proti Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) in Suomen valtio (Finska država)*, Recueil 1999, str. I-06067.

Zadeva C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International Ltd proti Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, ZOdl. 2009, str. I-07633.

Zadeva C-243/01, Gambelli, Recueil 2003, str. I-13031.

Zadeva C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda in drugi proti Commissariaat voor de Media*, Recueil 1991, str. I-04007.

Zadeva C-66/86, Silver Line Reisebüro, Recueil 1989, str. I-803.

Zadeva C-41/01, *Höfner*, Recueil 1991, str. I-1979.

Zadeva T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Recueil 1999, str. II-2329.

Zadeva C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia proti Administración General del Estado*, ZOdl. 2007, str. I-12175.