



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
PAOLA MENGOZZIJA
od 23. siječnja 2014.¹

Predmet C-15/13

**Technische Universität Hamburg-Harburg,
Hochschul-Informationssystem GmbH protiv
Datenlotsen Informationssysteme GmbH**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Njemačka))

„Ugovori o javnoj nabavi – Direktiva 2004/18/EZ – Pretpostavke primjene dodjele *in house* – Dodjele , unutarnjih horizontalnih operacija’ – Pravno različiti javni naručitelj i uspješni ponuditelj između kojih nema odnosa nadzora – Treća strana, koja je sama javno tijelo, izvršava nadzor nad javnim naručiteljem i uspješnim ponuditeljem – Doseg uvjeta ,sličnog nadzora’ – Suradnja javnih tijela“

1. Povodom ovog zahtjeva za prethodnu odluku koji je uputio Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg Sud prvi put razmatra predmet u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi koji će mu omogućiti da detaljno utvrdi doseg sudske prakse kojom se, pod određenim uvjetima, predviđa mogućnost neprimjene europskih odredbi o postupku sklapanja ugovora o javnoj nabavi na neke ugovore o javnoj nabavi.

2. Točnije, u ovom predmetu Sud je pozvan da utvrdi mogu li i, po potrebi, pod kojim uvjetima takozvane „unutarnje horizontalne operacije“ biti izuzete iz područja primjene Direktive 2004/18/EZ² i biti predmet izravne dodjele bez pokretanja postupaka sklapanja ugovora o javnoj nabavi. Pod pojmom „unutarnje horizontalne operacije“ podrazumijeva se sklapanje ugovora između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja između kojih ne postoji odnos nadzora, ali ih oba nadzire na sličan način isti subjekt koji je sam javni naručitelj u smislu Direktive br. 2004/18 i koji izvršavaju bitan dio svoje djelatnosti u zajedničkom subjektu.

3. Pitanjem koje je sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku postavio Sudu želi se u biti utvrditi postoji li i za tu vrstu operacije iznimka od primjene postupaka javne nabave prema primjeru onih koje su utvrđene u sudskoj praksi Suda i na koje se sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku izrijekom poziva.

4. Prva od tih iznimki, koja se javlja u presudi u predmetu Teckal³, odnosi se na takozvane dodjele *in house* za koje je u sudskoj praksi priznato da je javni naručitelj oslobođen pokretanja postupka sklapanja ugovora o javnoj nabavi ako nad uspješnim ponuditeljem izvršava „sličan nadzor“ onome koji izvršava nad vlastitim službama i da obavlja bitan dio svoje djelatnosti s javnim naručiteljem ili

1 — Izvorni jezik: talijanski

2 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL L 134., str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

3 — Presuda od 18. studenoga 1999., C-107/98, Zb., str. I-8121.

naručiteljima koji ga nadziru⁴. Pitanje primjene te iznimke na dodjele „unutarnjih horizontalnih operacija“, premda se o njemu uvelike raspravljalo u pravnoj teoriji, još nije bilo predmet pažnje Suda jer se on u svojoj ranijoj i već opsežnoj sudskoj praksi imao prilike baviti isključivo dodjelama *in house* u kojima je odnos subjekta naručitelja i subjekta uspješnog ponuditelja bio vertikalnog tipa⁵.

5. Druga iznimka razrađena u sudskoj praksi Suda⁶ na koju se poziva sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku odnosi se, s druge strane, na mogućnost isključenja ugovora o javnoj nabavi koji ulaze u okvir takozvane suradnje javnih subjekata iz područja primjene pravila Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi.

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

6. U smislu članka 1. stavka 2. točke (a) „ugovori o javnoj nabavi“ su naplatni ugovori sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja i čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga u smislu ove direktive.“

7. Člankom 7. Direktive 2004/18 predviđeni su vrijednosni pragovi iznad kojih ugovori o javnoj nabavi ulaze u područje primjene Direktive. U trenutku relevantnih činjenica u glavnom postupku taj je prag iznosio 193.000 eura⁷. U smislu članka 20. Direktive 2004/18 „ugovori čiji su predmet usluge navedene u Prilogu II.A sklapaju se u skladu s člancima 23. do 55.“. Člankom 28. te direktive propisano je da se, osim iznimaka, ugovori o javnoj nabavi sklapaju primjenjujući otvoreni ili ograničeni postupak. Prilogom II.A iste direktive obuhvaćena je kategorija br. 7, koja se odnosi na „računalne i srodne usluge“.

B – Nacionalno pravo

8. Člankom 5. stavkom 3. njemačkog Ustava propisano je da „[su] umjetnost i znanost, istraživanje i obrazovanje slobodni“. [neslužbeni prijevod]

9. Na temelju članka 91.c stavka 1. njemačkog Ustava „Savezna Republika Njemačka i *Länderi* mogu surađivati za potrebe planiranja i stvaranja informatičkih sustava potrebnih za provedbu svojih zadaća te upravljanja njima.“ [neslužbeni prijevod]

10. Nacionalne odredbe o ugovorima o javnoj nabavi sadržane su u Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Zakon o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja) [neslužbeni prijevod], koji u članku 99. sadrži definiciju ugovora o javnoj nabavi⁸.

4 — Vidjeti, primjerice, prethodno navedenu presudu Teckal, t. 50.; presude od 11. siječnja 2005., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, Zb., str. I-1., t. 49.; od 13. listopada 2005., Parking Brixen, C-458/03, Zb., str. I-8585., t. 62.; od 11. svibnja 2006., Carbotermo i Consorzio Alisei, C-340/04, Zb., str. I-4137., t. 33.; od 19. travnja 2007., Asemfo, C-295/05, Zb., str. I-2999., t. 55.; od 13. studenoga 2008., Coditel Brabant, C-324/07, Zb., str. I-8457., t. 27.; od 10. rujna 2009., Sea, C-573/07, Zb., str. I-8127., t. 40. i od 29. studenoga 2012., Econord, C-182/11 i C-183/11, t. 25..

5 — Vidjeti predmete navedene u prethodnoj bilješci.

6 — Presude od 9. lipnja 2009., Komisija/Njemačka, C-480/06, Zb., str. I-4747., t. 37., 44. i 47.; od 19. prosinca 2012., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., C-159/11, t. 34. i 35. i rješenje od 20. lipnja 2013., Consiglio Nazionale degli Ingegneri, C-352/12, t. 43. i sljedeće

7 — Vidjeti članak 7. točku (b) Direktive 2004/18, kako je izmijenjena Uredbom Komisije (EZ) br. 1177/2009 od 30. studenoga 2009. (SL L 314, str. 64.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 9., str. 283.).

8 — Sukladno članku 99. GWB-a, „ugovori o javnoj nabavi naplatni su ugovori sklopljeni između javnih naručitelja i poduzeća, koji se odnose na realizaciju poslova čiji su predmet nabave, radovi ili usluge kao i koncesije radova te postupci koji dovode do dodjele ugovora o javnim uslugama.“ [neslužbeni prijevod]

11. Zakonom Hamburgisches Hochschulgesetz (Hamburški zakon o visokom obrazovanju, u daljnjem tekstu: HmbHSchG) propisane su odredbe primjenjive na javne ustanove u sustavu visokog obrazovanja Freie und Hansestadt Hamburg (slobodni i hanzeatski grad Hamburg, u daljnjem tekstu: grad Hamburg).

12. Sukladno članku 2. HmbHSchG-a „ustanove u sustavu visokog obrazovanja, tijela grada Hamburga, autonomne su pravne osobe javnoga prava“ koje „uređuju izvršenje svoje autonomne ovlasti osnovnim pravilnikom i statutarnim odredbama“. [neslužbeni prijevod]

13. Sukladno članku 5. HmbHSchG-a, pod naslovom „Autonomija“, ustanove u sustavu visokog obrazovanja neovisno izvršavaju svoje autonomne ovlasti uz ocjenu zakonitosti od strane nadležnih tijela. Autonomne ovlasti su ovlasti koje se ne delegiraju.

14. Člankom 6. HmbHSchG-a predviđeno je izdvajanje sredstava za ustanove u sustavu visokog obrazovanja, a u njegovu stavku 2. nabrojene su delegirane ovlasti koje te ustanove izvršavaju, među kojima su navedene i sljedeće: upravljanje sredstvima kojima raspolažu, uključujući fakturiranje, riznicu i računovodstvo, upravljanje nekretninama i opremom kojima raspolažu, pitanja u vezi s osobljem i njegovim zapošljavanjem kao i utvrđivanje obrazovnog kapaciteta i prijedloga u vezi s utvrđivanjem broja primljenih. Na temelju stavka 3. istog članka, navedenim se ustanovama može delegirati izvršavanje drugih ovlasti. Na kraju, na temelju stavka 4. tog članka, nadležna tijela smjernicama i općim uputama nad tim ustanovama izvršavaju „ocjenu svrsishodnosti“⁹ u pogledu izvršavanja delegiranih ovlasti.

II – Činjenice, glavni postupak i prethodna pitanja

15. Technische Universität Hamburg–Harburg (Politehničko sveučilište u Hamburgu, u daljnjem tekstu: TUHH), žalitelj u predmetu koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, javna je ustanova u sustavu visokog obrazovanja u gradu Hamburgu. Javni je naručitelj u smislu Direktive 2004/18¹⁰.

16. Hochschul-Informationssystem GmbH (u daljnjem tekstu: HIS), koji je uz TUHH također tužitelj u predmetu koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, društvo je s ograničenom odgovornošću čiji je temeljni kapital u potpunosti u javnom vlasništvu, trećinom u vlasništvu Savezne Republike Njemačke, a dvjema trećinama u vlasništvu 16 njemačkih *Ländera*, među kojima i grada Hamburga koji u temeljnom kapitalu HIS-a drži udio od 4,16%. U skladu s člankom 2. Statuta, predmet poslovanja HIS-a jest pomaganje javnim ustanovama u sustavu visokog obrazovanja i nadležnim tijelima u racionalnom i financijski učinkovitom ostvarivanju njihovih visokoobrazovnih zadataka, među ostalim, razvojem postupaka racionalizacije upravljanja visokim obrazovanjem i sudjelovanjem u uvođenju i primjeni tih postupaka, dostavljanjem informacija i organizacijom razmjena informacija. Na temelju članka 3. statuta, HIS obavlja isključivo neprofitne djelatnosti od javnog interesa.

17. Kako bi nabavio informatički sustav upravljanja visokim obrazovanjem, TUHH je izvršio ocjenu dvaju takvih sustava, jednog koji je razvio HIS i jednog koji je razvilo društvo Datenlotsen Informationssysteme GmbH (u daljnjem tekstu: Datenlotsen Informationssysteme). Nakon usporedbe tih dvaju informatičkih sustava TUHH je odlučio 7. travnja 2011. sklopiti ugovor s HIS-om, čiji je predmet bila instalacija sustava koji je razvio potonji, izravnom dodjelom bez pokretanja postupaka sklapanja ugovora o javnoj nabavi predviđenih Uredbom 2004/18.

9 — Iz očitovanja podnesenih Sudu proizlazi da je u njemačkom upravnom pravu „ocjena svrsishodnosti“ šira od ocjene zakonitosti te se odnosi i na svrsishodnost upravnog akta ili djelovanja.

10 — Vidjeti članak 1. stavak 9. navedene direktive.

18. Smatrajući izravnu dodjelu tog ugovora o javnoj nabavi HIS-u nezakonitom, društvo Datenlotsen Informationssysteme pobijalo je odluku o dodjeli pred Vergabekammer bei der Finanzbehörde grada Hamburga, prvostupanjskim sudom nadležnim za ugovore o javnoj nabavi, koji je tužbu prihvatio. Taj je sud posebno smatrao da nisu ispunjeni uvjeti predviđeni sudskom praksom Suda za dodjelu *in house* jer ne postoji odnos nadzora između TUHH-a i HIS-a.

19. HIS i TUHH su pobijali prvostupanjsku presudu pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku.

20. Taj sud ističe da Sud još nije imao prilike pojasniti može li se sudska praksa kojom je predviđena iznimka od primjene pravila postupaka dodjele ugovora o javnoj nabavi u slučajevima dodjele *in house* primijeniti na dodjelu „unutarnjih horizontalnih operacija“ kao što je dodjela koja je predmet glavnog postupka. On smatra, međutim, da bi se duhom i svrhom iznimke koja se odnosi na dodjele *in house*, kako je razrađeno u sudskoj praksi Suda, moglo dopustiti da te operacije budu obuhvaćene navedenom iznimkom oslobađajući pritom javne naručitelje obveze organiziranja postupaka dodjele tih vrsta ugovora o javnoj nabavi. Ipak, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, s obzirom na činjenicu da prema sudskoj praksi iznimke od primjene tih postupaka valja tumačiti usko, na Sudu je da utvrdi ulaze li dodjele unutarnjih horizontalnih operacija u područje primjene tog izuzimanja ili ne.

21. Usto, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku smatra da ne postoje pretpostavke za primjenu daljnje iznimke razrađene u sudskoj praksi Suda u vezi sa suradnjom javnih tijela jer je, s jedne strane, HIS osnovan u obliku društva s ograničenom odgovornošću privatnog prava i, s druge strane, nije bio izravno angažiran za obavljanje zadaće javne usluge.

22. Sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku ističe i da ustanove u sustavu visokog obrazovanja kao što je TUHH imaju, u skladu s relevantnim propisima, široku autonomiju unutar područja istraživanja i obrazovanja te da izvršavanje autonomnih ovlasti nije podvrgnuto pukoj ocjeni zakonitosti. Ipak, ugovor koji je predmet spora koji se vodi pred navedenim sudom pripada području nabave i isporuke u kojem nadležna tijela imaju pravo nadzora, koje uključuje i mogućnost da ponište ili izmijene odluke koje su donijela sveučilišta. Sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku stoga se pita treba li se uvjet „sličnog nadzora“, predviđen sudskom praksom u predmetu Teckal, koji je zadovoljen u području nabave i isporuke, ipak odnositi na sva područja djelatnosti uspješnog ponuditelja.

23. S obzirom na ta razmatranja, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku je u rješenju od 6. studenoga 2012. smatrao neophodnim prekinuti postupak koji se vodi pred njime i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1) Treba li ‚javnim ugovorom‘ u smislu članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive 2004/18 [...] također smatrati ugovor u okviru kojeg naručitelj nad uspješnim ponuditeljem doista ne izvršava nadzor sličan onome koji izvršava na vlastitim službama, ali kako naručitelja i uspješnog ponuditelja nadzire isti subjekt, koji je sam javni naručitelj u smislu Direktive 2004/18, i naručitelj i uspješni ponuditelj izvršavaju bitan dio svoje djelatnosti u zajedničkom subjektu (unutarnja horizontalna operacija)?

U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje:

2) Treba li se nadzor sličan onome koji naručitelj izvršava nad vlastitim službama proširiti na cijelu djelatnost uspješnog ponuditelja ili je dovoljno da je nadzor ograničen na područje nabave?“

III – Postupak pred Sudom

24. Sud je zaprimio rješenje kojim se upućuje prethodno pitanje 10. siječnja 2013. Svoja pisana očitovanja podnijeli su TUHH, HID, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, češka, talijanska, španjolska i mađarska vlada te Europska komisija. Na raspravi održanoj 21. studenoga 2013. sudjelovali su TUHH, HIS, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, španjolska vlada i Komisija.

IV – Pravna analiza

A – Prvo prethodno pitanje

25. Prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku u biti pita je li unutarnja horizontalna operacija, tj. sklapanje ugovora između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja između kojih ne postoji odnos nadzora, ali ih nadzire isti subjekt, koji je sam javni naručitelj u smislu Direktive 2004/18 i u kojem i naručitelj i uspješni ponuditelj izvršavaju bitan dio svoje djelatnosti, sklapanje ugovora o javnoj nabavi u smislu Direktive 2004/18 i treba li stoga biti podvrgnuta postupcima sklapanja ugovora o javnoj nabavi predviđenima u toj direktivi.

26. Prethodno valja istaknuti da primjena Direktive 2004/18 na sklapanje ugovora o javnoj nabavi ovisi o uvjetu prema kojem procijenjena vrijednost tog ugovora dostiže prag utvrđen u članku 7. točki (b) Direktive, imajući na umu uobičajenu tržišnu vrijednost radova, nabave ili usluga koji su predmet tog sklapanja ugovora o javnoj nabavi. U suprotnom, primjenjuju se temeljne odredbe i opća načela UFEU-a¹¹. Iz rješenja kojim se upućuje prethodno pitanje razvidno je da je vrijednost spornog ugovora procijenjena na najmanje 840.000 eura, znači vrijednost koja jasno prelazi navedeni prag¹², tako da predmetni ugovor potpada pod područje primjene Direktive 2004/18.

27. U skladu s člankom 1. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2004/18, naplatni ugovor sklopljen u pisanom obliku između gospodarskog subjekta i javnog naručitelja i čiji je predmet pružanje usluga iz Priloga II.A te direktive jest ugovor o javnoj nabavi¹³.

28. Iz podataka u spisu Suda proizlazi, s jedne strane, da je ugovor koji je predmet glavnog postupka i koji je predmet izravne dodjele sklopljen između javnog naručitelja, društva TUHH, i uspješnog ponuditelja, društva HIS, te, s druge strane, da usluge koje su predmet ugovora koji je predmet glavnog postupka potpadaju pod pojam „računaln[ih] i srodn[ih] uslug[a]“ iz kategorije br. 7 Priloga II.A Direktivi 2004/18.

29. U tom pogledu, valja istaknuti da je, prema sudskoj praksi, za potrebe pojma sklapanja ugovora o javnoj nabavi svejedno obavlja li uspješni ponuditelj, kao što je HIS, a u skladu s člankom 3. svojeg statuta¹⁴, prije svega neprofitabilnu djelatnost ili ne¹⁵. Nadalje, što se tiče naplatne naravi ugovora o kojem je riječ, valja istaknuti da se, prema sudskoj praksi, ugovor ne može izuzeti iz pojma sklapanja ugovora o javnoj nabavi samo zato što je njime predviđena naknada ograničena na nadoknadu

11 — Međutim, okolnost u kojoj sporni ugovor u glavnom postupku može eventualno potpadati pod područje primjene Direktive 2004/18 ili temeljnih odredbi i općih načela UFEU-a, ne utječe na odgovor na postavljeno pitanje. Naime, kriteriji utvrđeni u sudskoj praksi Suda za ocjenu činjenice je li prethodna provedba postupka poziva na nadmetanje obvezna ili nije relevantni su i za tumačenje te direktive i za tumačenje navedenih odredbi i načela UFEU-a. U tom smislu, vidjeti prethodno navedenu presudu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 23. i 24.

12 — Vidjeti prethodno navedenu t. 7.

13 — U tom smislu vidjeti prethodno navedenu presudu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 25.

14 — Vidjeti prethodno navedenu t. 16.

15 — U tom smislu vidjeti presudu od 23. prosinca 2009., CoNISMa, C-305/08, Zb., str. I-12129., t. 30. i 45. i prethodno navedenu presudu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 26.

troškova nastalih radi pružanja ugovorene usluge¹⁶. Stoga, iako se ugovorom koji je predmet glavnog postupka ne predviđa plaćanje tržišne cijene za informatičke usluge koje je HIS pružio TUHH-u, što eventualno treba utvrditi sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, to ne čini odlučujući element na temelju kojeg bi bio kvalificiran kao ugovor o javnoj nabavi¹⁷.

30. S obzirom na prethodno navedena razmatranja, a ne dovodeći u pitanje potrebne provjere za koje je nadležan sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, smatram da sporni ugovor iz glavnog postupka ima obilježja ugovora o javnoj nabavi i da kao takav, u načelu, treba biti podvrgnut postupcima dodjele predviđenima Direktivom 2004/18.

31. Kako je istaknuto u prethodno navedenim točkama 4. i 5., iz sudske prakse, međutim, proizlazi da postoje dvije vrste sklapanja ugovora o javnoj nabavi koje su izuzete iz područja primjene prava Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi¹⁸ za koje je, prema tome, javni naručitelj oslobođen pokretanja postupka dodjele predviđenog Direktivom 2004/18.

32. Riječ je, točnije, o javnim ugovorima na koje se odnosi iznimka u takozvanim dodjelama *in house*, s jedne strane, i, s druge strane, o onima na koje se odnosi iznimka predviđena za ugovore kojima se uspostavlja suradnja javnih tijela. Smatram da bi, u mjeri u kojoj se sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku u svojem rješenju poziva na obje iznimke razrađene u sudskoj praksi Suda, o kojima se, među ostalim, raspravljalo na raspravi, te iznimke trebalo analizirati.

1. O primjeni iznimke *in house* na unutarnje horizontalne dodjele

33. Kako je prethodno navedeno, prema ustaljenoj sudskoj praksi koja proizlazi iz presude Teckal¹⁹ javni naručitelj je oslobođen pokretanja postupka dodjele ugovora o javnoj nabavi ako su ispunjena dva kumulativna uvjeta: prvo, javni naručitelj mora nad uspješnim ponuditeljem izvršavati nadzor sličan onome koji izvršava nad vlastitim službama i, drugo, uspješni ponuditelj mora obavljati bitan dio svoje djelatnosti s javnim naručiteljem ili naručiteljima koji ga nadziru²⁰.

34. Što se tiče prvog od tih uvjeta, valja podsjetiti da prema ustaljenoj sudskoj praksi „sličan nadzor“ postoji kada je uspješni ponuditelj o kojem je riječ podvrgnut nadzoru kojim se javnom naručitelju omogućuje utjecanje na odluke ponuditelja. Mora se raditi o mogućnosti odlučujućeg utjecaja na strateške ciljeve i na važne odluke tog subjekta. Drugim riječima, javni ponuditelj mora moći izvršavati strukturni i funkcionalan nadzor nad tim subjektom. Sud također zahtijeva da je taj nadzor učinkovit²¹.

35. U skladu sa sudskom praksom, ako je izabran subjekt koji je u vlasništvu više javnih tijela, ta javna tijela mogu skupno izvršavati „sličan nadzor“, a da nije neophodno da taj nadzor izvršava svako od njih zasebno²².

16 — U tom smislu vidjeti prethodno navedenu presudu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 29.

17 — U tom pogledu vidjeti razmatranja nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u t. 30. do 34. njezina mišljenja od 23. svibnja 2012. u prethodno navedenom predmetu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr.

18 — Vidjeti prethodno navedenu presudu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 31. i prethodno navedeno rješenje Consiglio Nazionale degli Ingegneri, t. 40.

19 — Prethodno navedeno

20 — Vidjeti sudsku praksu u prethodno navedenoj bilješci br. 4.

21 — Vidjeti prethodno navedenu presudu Econord, t. 27. i navedenu sudsku praksu.

22 — Vidjeti prethodno navedenu presudu Econord, t. 28. i navedenu sudsku praksu.

36. U mjeri u kojoj je jedan od kumulativnih uvjeta za primjenu iznimke razrađene u sudskoj praksi u pogledu dodjela *in house* postojanje odnosa nadzora između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja, treba utvrditi da se ta iznimka, zbog svoje naravi, ne može primijeniti na slučajeve unutarnjih horizontalnih dodjela koje, prema definiciji, ne predviđaju postojanje izravnog nadzora između tih subjekata²³. Stoga proizlazi da, u trenutačnoj pravnoj situaciji, te operacije, u načelu, trebaju biti podvrgnute postupcima dodjele predviđenima Direktivom 2004/18.

37. Sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, međutim, smatra da bi duh i svrha „iznimke *in house*“, kako je razrađena u sudskoj praksi Suda, mogli dopustiti da unutarnje horizontalne operacije budu obuhvaćene područjem primjene te iznimke. To bi, međutim, bilo moguće samo proširenjem dosega te iznimke i na operacije za koje, iako su i javni naručitelj i uspješni ponuditelj podvrgnuti sličnom nadzoru drugog javnog tijela, još nije ispunjen prvi uvjet predviđen sudskom praksom jer ne postoji odnos izravnog nadzora između dviju ugovornih strana. Smatram da su u tom pogledu potrebna neka razmatranja.

38. Kao prvo, valja podsjetiti da je Sud više puta ponovio da je glavni cilj pravila Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi slobodno kretanje usluga i otvaranje što većeg tržišnog natjecanja u svim državama članicama²⁴. Tim se ciljem podrazumijeva da svaki javni naručitelj mora primjenjivati propise Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi ako su ispunjeni uvjeti koji su njima predviđeni, što ima za posljedicu da se svako odstupanje od primjene te obveze mora tumačiti *usko*²⁵. Iz navedenog proizlazi da bilo kakvo proširenje područja primjene iznimke od primjene pravila Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi treba ocjenjivati krajnje oprezno.

39. Kao drugo, valja, međutim, podsjetiti i da je Sud priznao da javno tijelo koje je javni naručitelj može izvršavati zadaće od javnog interesa za koje je nadležno s pomoću vlastitih administrativnih, tehničkih i drugih sredstava, a da nije obvezno pribjegavati vanjskim subjektima koji ne pripadaju njegovim službama²⁶.

40. Temeljeći se upravo na toj pretpostavci, Sud je za dodjele *in house* priznao iznimku od postupaka dodjele ugovora o javnoj nabavi. Naime, ako javni naručitelj može izvršavati zadaće od javnog interesa koje ima putem subjekta koji čini dio njegovih vlastitih sredstava, to se ne smatra naplatnim ugovorom sklopljenim sa subjektom koji je pravno različit od javnog naručitelja pa time ne postoje ni pretpostavke za primjenu pravila Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi²⁷.

41. Uostalom, iz pomnog čitanja sudske prakse proizlazi²⁸ da osnova za iznimku u pogledu dodjela *in house* leži upravo u činjenici da, s obzirom na to da uspješni ponuditelj nema razinu autonomije kojom bi javnog naručitelja spriječio da nad njim izvršava nadzor sličan onome koji izvršava nad vlastitim službama, između ta dva subjekta ne može postojati ugovorni odnos u strogom smislu jer ne postoji „susret dviju autonomnih volja koje zastupaju različite pravne interese“ [neslužbeni prijevod]²⁹.

23 — Vidjeti prethodno navedene t. 2. i 25.

24 — U tom smislu vidjeti prethodno navedenu presudu CoNISMa, t. 37. i navedenu sudsku praksu.

25 — Vidjeti, među ostalima, prethodno navedene presude Stadt Halle i RPL Lochau, t. 44. i 46. te Parking Brixen, t. 63. kao i presudu od 6. travnja 2006., ANAV, C-410/04, Zb., str. I-3303., t. 26.

26 — Vidjeti, među ostalima, prethodno navedene presude Stadt Halle i RPL Lochau, t. 48.; Coditel Brabant, t. 48.; Komisija/Njemačka, t. 45. i Sea, t. 57.

27 — U tom smislu vidjeti prethodno navedenu presudu Stadt Halle i RPL Lochau, t. 48.

28 — U tom pogledu vidjeti analizu sudske prakse od strane nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u točki 38. i sljedećima njegovih dvaju mišljenja od 19. srpnja 2012. u prethodno navedenom predmetu Econord.

29 — Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Cosmasa od 1. srpnja 1999. u prethodno navedenom predmetu Teckal, t. 64. i prethodno navedena mišljenja nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Econord, t. 43. Vidjeti i zajednički tumačene t. 49. i 50. prethodno navedene presude Teckal.

42. Smatram da, ako unutarnja horizontalna operacija ulazi u okvir izvršavanja zadaća od javnog interesa za koje je nadležan javni naručitelj koji obavlja te zadaće putem dvaju subjekata nad kojima izvršava nadzor sličan onome koji izvršava nad vlastitim službama, razlog postojanja „iznimke *in house*“, kako je razrađen u sudskoj praksi, može naći, u načelu, svoju primjenu. Naime, sukladno sudskoj praksi iz prethodno navedene točke 39., ako se naručitelj koristi vlastitim instrumentima kako bi izvršio svoje zadaće od javnog interesa, on ne mora biti dužan pribjegavati vanjskim subjektima koji ne pripadaju njegovim službama. Prema mojem mišljenju, isto vrijedi i kada se ti vlastiti instrumenti sastoje od dvaju subjekata nad kojima navedeni naručitelj izvršava nadzor te kada je za izvršavanje tih zadaća potrebno da dva prethodno navedena subjekta sklope ugovor. Stoga je i u takvom slučaju moguće da, pod određenim uvjetima, ne postoje pretpostavke za primjenu pravila Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi.

43. Međutim, valja podsjetiti da, kako je istaknuto u prethodno navedenim točkama 40. i 41., osnova kojom se opravdava primjena iznimke *in house* leži u činjenici da sklapanje predmetnog ugovora nije posljedica izražavanja autonomnih volja subjekata koji su ugovorne strane, već je posljedica izražavanja jedne volje. U pogledu navedenog, treba utvrditi da je u slučaju unutarnje horizontalne dodjele odnos koji postoji između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja mnogo slabiji od onog u slučaju unutarnje vertikalne dodjele. To, naime, nije odnos izravnog nadzora, već samo neizravna veza čiji doseg ovisi o odnosima koji postoje između dvaju subjekata i njihovog zajedničkog tijela koje ih nadzire.

44. Dakle, čini mi se da uvjet da je ugovor izraz jedne volje može biti ispunjen u slučaju u kojem isto tijelo nadzire dva subjekta koja ga sklapaju na *isključivoj* osnovi. Samo se u tom slučaju, naime, prema mojem mišljenju, može smatrati da je sklapanje ugovora izražavanje volje samo jednog javnog tijela kojim, pomoću svojih sredstava, namjerava izvršiti zadaće od javnog interesa za koje je nadležno. Upravo u slučaju sklapanja ugovora između subjekta nad kojim više tijela izvršava zajednički nadzor i tijela nad kojim nadzor izvršava (isključivo ili zajednički s drugim tijelima) jedno od tijela koja izvršavaju nadzor nad prvim tijelom, taj je čin, prema mojem mišljenju, teško smatrati izrazom jedne volje.

45. Dakle, smatram da iznimka od primjene pravila Unije za unutarnje horizontalne dodjele može biti dopuštena samo kad je tijelo, koje izvršava sličan nadzor nad dva subjekta, to jest javnim naručiteljem i uspješnim ponuditeljem, ne samo isto nego i izvršava sličan nadzor nad ta dva subjekta na *isključivoj* osnovi. Stoga smatram da treba isključiti mogućnost proširenja iznimke *in house* u slučajevima horizontalnih operacija sklopljenih između subjekata nad kojima neko tijelo izvršava sličan nadzor, kako je definiran u sudskoj praksi, i drugih javnih naručitelja.

46. Čini mi se da takav ograničavajući pristup u pogledu vrste sličnog nadzora koji mora izvršavati tijelo koje nadzire dva subjekta koji sklapaju ugovor o javnoj nabavi kako bi iznimka od pravila Unije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi bila primjenjiva na unutarnje horizontalne operacije, ne samo da je u skladu s razlozima postojanja iznimke *in house* i s potrebom tumačenja te iznimke usko, koju je izrazio Sud i koja je navedena u gornjoj točki 38., već mi se čini i da zadovoljava potrebu koju je istaknulo više stranaka koje su se očitovale, da se odstupanja od odredbi o sklapanju ugovora o javnoj nabavi ne proširuju izvan razumnih granica jer postoji opasnost od neprimjene na važne dijelove gospodarskih sektora odredbi o sklapanju ugovora o javnoj nabavi i ciljeva otvaranja tržišnog natjecanja³⁰ koji se, kako je istaknuto u istoj točki 38., žele postići tim odredbama³¹.

30 — U tom pogledu vidjeti i prethodno navedenu presudu Carbotermo i Consorzio Alisei, t. 58. i 59.

31 — Valja, dakle, istaknuti da je slično rješenje prihvaćeno u zadnjoj inačici prijedloga jedne direktive Parlamenta i Vijeća o sklapanju ugovora o javnoj nabavi, o kojem Vijeće trenutačno raspravlja (dokument Vijeća br. 11745/13; vidjeti posebno članak 11. stavak 2. prijedloga).

47. Što se tiče glavnog postupka, iz podataka u spisu Suda proizlazi da grad Hamburg može nad HIS-om eventualno izvršavati sličan nadzor samo s drugim *Länderima* i Saveznom Republikom, što su, među ostalim, osporili neki intervenijenti³². Stoga, čak i ako se prihvati da grad Hamburg izvršava sličan nadzor nad TUHH-om na isključivoj osnovi, što bi, u svakom slučaju, trebao utvrditi sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku osobito na temelju odgovora na drugo prethodno pitanje koje je postavio Sudu, iznimka, kako je opisana u prethodnim točkama, ne bi se svejedno mogla primijeniti na unutarnje horizontalne dodjele.

48. Na kraju, iz prethodno navedenih razmatranja proizlazi da, osim provjera za koje je nadležan sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, ugovor, kao onaj o kojem je riječ u glavnom postupku, jest ugovor o javnoj nabavi u smislu Direktive 2004/18 jer se radi o ugovoru sklopljenom u pisanom obliku između javnog naručitelja i gospodarskog subjekta, čiji je predmet pružanje usluga sukladno odredbama navedene direktive. S obzirom na narav, on je, u načelu, podvrgnut postupcima dodjele predviđenima tom direktivom. Neovisno o tome postoje li ili ne odnosi „sličnog nadzora“ između grada Hamburga, s jedne strane i TUHH-a i HIS-a, s druge strane, tim se ugovorom o javnoj nabavi ne može uživati iznimka od primjene postupaka u skladu sa sudskom praksom u presudi Teckal jer ne postoji odnos nadzora između javnog naručitelja, tj. TUHH-a, i gospodarskog subjekta uspješnog ponuditelja, tj. HIS-a. Prema mojem mišljenju, takav ugovor ne ulazi ni u okvire unutarnje horizontalne dodjele kojom se može uživati iznimka od primjene postupaka sklapanja ugovora o javnoj nabavi jer je riječ o operaciji čiji je cilj izvršavanje zadaća od javnog interesa od strane subjekta koji nadzire dva subjekta koji sklapaju ugovor, uzimajući u obzir da, kako sam istaknuo u prethodno navedenim točkama 44. do 46., ta mogućnost, prema mojem mišljenju, treba biti ograničena na slučajeve u kojima subjekt koji nadzire izvršava sličan nadzor na isključivoj osnovi nad obje ugovorne strane, što nije slučaj u predmetu koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku.

2. O suradnji javnih tijela

49. Sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku razmatra i mogućnost da se ugovorom o javnoj nabavi koji je predmet glavnog postupka uživa druga iznimka razrađena u sudskoj praksi, u vezi s primjenom postupaka sklapanja ugovora o javnoj nabavi, odnosno iznimka iz prethodno navedene točke 5., predviđena za suradnju javnih tijela.

50. Prema sudskoj praksi, ta iznimka pretpostavlja postojanje pet kumulativnih zahtjeva koji moraju biti ispunjeni kako bi se ugovor o kojem je riječ mogao isključiti iz područja primjene prava Unije u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi³³. Sud je tako predvidio da se iz područja primjene postupaka sklapanja ugovora o javnoj nabavi mogu isključiti ugovori kojima se, kao prvo, uspostavlja suradnja javnih tijela te, kao drugo, da se tom suradnjom jamči izvršavanje javne usluge koja je zajednička tim subjektima. Kao treće, te ugovore moraju sklapati isključivo javna tijela, pri čemu ne smije postojati treća strana. Kao četvrto, nijedan se privatni pružatelj usluga ne smije staviti u povlašten položaj u odnosu na svoje konkurente i na kraju, peto, suradnja koju su uspostavila javna tijela mora biti uređena samo razlozima i potrebama povezanim s postizanjem ciljeva od javnog interesa³⁴.

32 — Točnije, Komisija osporava postojanje odnosa nadzora između grada Hamburga i HIS-a jer grad Hamburg nema stalnog zastupnika u nadzornom odboru HIS-a. S obzirom na odgovor na prethodno pitanje, nije potrebno zauzeti stav o tome.

33 — Prethodno navedena presuda Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 36. i navedena sudska praksa te prethodno navedeno rješenje Consiglio Nazionale degli Ingegneri, t. 45.

34 — Prethodno navedena presuda Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 34. i 35. i navedena sudska praksa te prethodno navedeno rješenje Consiglio Nazionale degli Ingegneri, t. 43. i 44.

51. Na sudu koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku jest da provede potrebne provjere kako bi utvrdio postojanje svih tih kriterija u konkretnom slučaju. Sud može, međutim, nacionalnom sudu dostaviti sve elemente tumačenja koji čine dio prava Unije i koji mu mogu biti od koristi za donošenje odluke³⁵.

52. Točnije, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku izrazio je dvostruku dvojbu u pogledu primjene iznimke predviđene za suradnju javnih tijela u konkretnom slučaju.

53. Kao prvo, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku isključuje primjenjivost te iznimke zbog naravi društva HIS, koje je društvo s ograničenom odgovornošću privatnog prava. Takvim se razmatranjem suda koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku postavlja pitanje subjektivnog područja primjene iznimke o kojoj je riječ.

54. U tom pogledu, valja istaknuti da je u prethodno navedenoj presudi Komisija/Njemačka, u kojoj je prvi put priznato postojanje te iznimke, Sud upotrijebio pojam „nadležna tijela javne vlasti“³⁶ kako bi uputio na subjekte koji mogu surađivati, iako su predmetni sporazum o suradnji sklopili grad Hamburg i četiri susjedna *Landkreise*³⁷. Uporabom tog pojma Sud je pokazao da odstupanje nije isključivo ograničeno na suradnju lokalnih tijela³⁸. Naknadno, u prethodno navedenoj presudi Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. Sud je upotrijebio pojam suradnje „javnih tijela“³⁹.

55. Neovisno o terminološkom pitanju, ipak smatram da bi s time u vezi trebalo usvojiti funkcionalan, a ne formalan pristup⁴⁰. U tom pogledu, smatram da privatnopravna narav jednog od subjekata koji sudjeluju u suradnji sama po sebi nije prepreka primjeni iznimke o kojoj je riječ jer se, međutim, utvrdilo da je, neovisno o navedenoj naravi, taj subjekt zapravo javni subjekt⁴¹, što je, čini mi se, jasno slučaj društva, kao što je HIS, čiji je kapital u potpunosti u javnom vlasništvu.

56. Prema mojem mišljenju, naime, trećim se uvjetom iz sudske prakse iz prethodno navedene točke 50. ne nameće formalna narav javnog prava subjektima koji uspostavljaju suradnju, već se nameće potpuni izostanak privatnih interesa u njima. U tom se pogledu može dodati da se sudjelovanje privatnih interesa mora isključiti tijekom cijelog razdoblja važenja ugovora koji je predmet glavnog postupka. Ako bi, naime, temeljni kapital uspješnog ponuditelja koji je osoba privatnog prava bio otvoren za privatne dioničare, posljedica bi bila dodjela ugovora o javnoj nabavi zajedničkom pothvatu bez postupka nadmetanja, što bi bilo u suprotnosti s ciljevima prava Unije⁴².

35 — Vidjeti presudu od 26. rujna 2013., Texdata Software, C-418/11, još neobjavljenju u Zborniku, t. 55. i navedenu sudsku praksu.

36 — Vidjeti točke 34., 44., 45. i 47. navedene presude.

37 — *Landkreise*, tj. kotari, administrativne su jedinice u Njemačkoj koje se sastoje od raznih općina koje se nalaze u istoj geografskoj regiji.

38 — Vidjeti točku 69. mišljenja nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u prethodno navedenom predmetu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr.

39 — Vidjeti točke 34. i 35. navedene presude.

40 — Uostalom, sličan je, pristup koji je Sud usvojio za definiciju javnog naručitelja i tijela kojim se upravlja na temelju javnog prava u skladu s člankom 1. stavkom 9. drugom alinejom Direktive 2004/18. U tom pogledu, vidjeti presude od 13. prosinca 2007., Bayerischer Rundfunk i dr., C-337/06, Zb., str. I-11173., t. 37. i od 10. travnja 2008., Ing. Aigner, C-393/06, Zb., str. I-2339., t. 37.

41 — U tom pogledu, usput ističem da prema sudskoj praksi obilježje nekog subjekta da je osoba privatnog prava prema kojem se isključuje kvalifikacija tog subjekta kao tijela kojim se upravlja na temelju javnog prava pa time i kao javnog naručitelja (vidjeti presude Suda od 15. svibnja 2003., Komisija/Španjolska, C-214/00, Zb., str. I-4667., t. 55. i od 16. listopada 2003., Komisija/Španjolska, C-283/00, Zb., str. I-11697., t. 74., u vezi s Direktivom Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim radovima (SL L 199, str. 54.) [neslužbeni prijevod], koja je u članku 1. točki (b) sadržavala definiciju pojma „javnog tijela“ [neslužbeni prijevod] koja je istovjetna onoj sadržanoj u Direktivi 2004/18). Valja radije utvrditi, a to je na sudu koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, ispunjava li ili ne to tijelo, s obzirom na odnosnu sudsku praksu, tri kumulativna uvjeta predviđena člankom 1. stavkom 9. drugom alinejom Direktive 2004/18, u tom pogledu da za te potrebe oblik u kojem su osnovana predmetna tijela nije bitan. Vidjeti prethodno navedenu presudu Komisija/Španjolska, C-214/00, t. 54.

42 — U tom smislu vidjeti prethodno navedenu presudu ANAV, t. 30.

57. Drugo, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku smatra da drugi uvjet predviđen u sudskoj praksi, tj. da je cilj suradnje jamčiti ostvarivanje zadaće javne usluge zajedničke dvama javnim tijelima, nije zadovoljen u konkretnom slučaju jer, iako je člancima 2. i 3. Statuta HIS-a predviđeno da je njegov predmet poslovanja pružanje pomoći ustanovama u sustavu visokog obrazovanja pa su time ciljevi tog subjekta od javnog interesa, njegova se misija, međutim, ne može poistovjetiti s pravom zadaćom javne usluge za koju je angažiran.

58. Ne slažem se s pristupom koji, čini mi se, ima sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, prema kojem, kako bi se zadaća javne usluge mogla priznati kao zajednička funkcija javnih tijela koja surađuju, apsolutno je neophodno da svaki od njih *izvršava* tu funkciju.

59. Naime, ako je neophodno da je suradnja usredotočena na obavljanje *zajedničke* javne funkcije i stoga nije dovoljno da je za obavljanje javnih funkcija pravno obvezno samo jedno od nadležnih tijela javnih vlasti koja u tome sudjeluju, dok je uloga drugog samo ograničena na običnu pomoć pri izvršavanju te funkcije na temelju javnog ugovora⁴³, smatram, ipak, da postoji suradnja usredotočena na jamčenje izvršenja zajedničke javne usluge i kada se javne usluge koje obavljaju zainteresirana javna tijela međusobno *posebno dopunjuju* i kada se suradnja odnosi točno na te funkcije koje se posebno dopunjuju. Međutim, pojam dopunjavanja ne može predstavljati ulaz za primjenu odredbi o iznimkama na suradnje u aktivnostima koje su na bilo koji način povezane. Prema mojem mišljenju, nije, naime, dovoljno obično međusobno dopunjavanje zadaća javne usluge. Potrebno je da to dopunjavanje bude posebno u smislu da je povezano točno s funkcijom koja je predmet suradnje u odnosu na sva zainteresirana javna tijela, kao što je, čini mi se, slučaj funkcije obrazovanja i istraživanja u glavnom postupku.

60. Naime, u tom pogledu iz podataka u spisu proizlazi da je posebna funkcija koju obavlja HIS, društvo čiji je temeljni kapital u potpunosti u javnom vlasništvu, pomaganje javnim ustanovama u sustavu visokog obrazovanja u racionalnom i financijski učinkovitom ostvarivanju njihovih visokoobrazovnih zadataka. Ta se funkcija, čini mi se, posebno dopunjuje s funkcijom obrazovanja i istraživanja koju obavljaju sveučilišta koja se može, ako su ispunjeni svi ostali uvjeti, smatrati suradnjom obuhvaćenom iznimkom iz sudske prakse u odnosu na suradnju javnih tijela. U tom pogledu, dodao bih da je prema mojem mišljenju u analizi od izuzetne važnosti okolnost da je obavljanje navedene funkcije izraz volje njemačkog zakonodavca koji je u članku 91.c stavku 1. Ustava predvidio oblike suradnje Savezne Republike Njemačke i *Ländera* u stvaranju i upravljanju informatičkim sustavima potrebnima za provedbu njihovih zadaća.

61. Nakon analize dvojbi koje je izrazio sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, valja se još pozabaviti pitanjem koje je postavila Komisija. Navedena je institucija, naime, na ročištu navela da je primjena iznimke o kojoj je riječ na konkretan slučaj isključena jer se suradnja javnih tijela u aktivnostima koje su obuhvaćene zadaćom javne usluge ne može provoditi u okviru ugovora kojim se predviđa pružanje usluga uz naknadu.

62. U tom pogledu, prethodno ističem da je Sud u prethodno navedenoj presudi Komisija/Njemačka već utvrdio da pravo Unije ni na koji način nadležnim tijelima javne vlasti ne nameće obvezu pribjegavanja određenom pravnom obliku kako bi zajednički zajamčili svoje zadaće javne usluge⁴⁴. U tom je slučaju, uostalom, suradnja grada Hamburga i *Landkreisea* poprimila upravo ugovorni oblik.

43 — U tom smislu vidjeti točku 75. mišljenja nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u prethodno navedenom predmetu *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* i dr.

44 — Vidjeti t. 47. te prethodno navedene presude.

63. Međutim, valja napomenuti i da je u toj presudi Sud istaknuo da je s naslova pružanja usluga o kojima je riječ, tj., zbrinjavanja otpada, plaćena cijena samo iskorištavatelju postrojenja za zbrinjavanje, koji je bio druga ugovorna strana grada Hamburga, dok s naslova prave suradnje predmetnih javnih tijela koja je uspostavljena na temelju ugovora, to jest komunalne službe za održavanje čistoće grada Hamburga i kotara, nije bilo financijskih transakcija između njih⁴⁵.

64. Pitam se stoga je li za primjenjivost iznimke o kojoj je riječ na sporazum kojim se uspostavlja suradnja potrebno da taj sporazum ne povlači za sobom financijske transakcije među zainteresiranim javnim tijelima.

65. U tom pogledu, međutim, ističem da u prethodno navedenoj presudi Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. u kojoj je, na temelju prethodne presude Komisija/Njemačka, detaljnije i sistematičnije sažeo pet kumulativnih zahtjeva koji moraju biti ispunjeni kako bi se sporazumom u pitanju uživala iznimka od primjene pravila Unije u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi, Sud nije naveo nijedan kriterij te vrste. Iz te šutnje zaključujem da Sud nije imao namjeru predvidjeti potpuno nepostojanje financijskih transakcija između tijela koja surađuju kao kriterij potreban za primjenu predmetne iznimke.

66. Međutim, smatram da je bitno da, u odnosu na takvu iznimku, predviđeni iznosi koje jedno tijelo plaća drugome za pružanje određene usluge u okviru njihove suradnje nikad ne mogu biti istovjetni tržišnoj cijeni, već moraju biti usmjereni na stvarno nastale troškove i financijske izdatke s naslova pružanja usluge, a to me navodi na dvojbu o usklađenosti mogućeg predviđanja plaćanja troškova nastalih s naslova pružanja usluge u jedinstvenom iznosu s navedenim zahtjevom.

67. U svakom je slučaju na sudu koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku da po tom pitanju obavi potrebne provjere kao i provjere postojanja svih ostalih zahtjeva predviđenih u sudskoj praksi za predviđenu primjenu iznimke na suradnju javnih tijela.

B – *Drugo prethodno pitanje*

68. Svojim drugim prethodnim pitanjem upućenim Sudu u slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku u biti pita treba li se sličan nadzor, koji zahtijeva sudska praksa u predmetu Teckal izvršavati nad cijelom djelatnošću uspješnog ponuditelja ili je dovoljno da je ograničen na sektor nabave.

69. Prethodno ističem da, s obzirom na razmatranja u okviru analize prvog prethodnog pitanja, ako se Sud odluči na pristup koji sam predložio, na ovo pitanje neće biti potrebno odgovoriti jer bi primjenjivost iznimke *in house* u svakom slučaju bila isključena u predmetu koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku. Stoga ću samo za potrebe sveobuhvatnosti razmotriti drugo prethodno pitanje kako slijedi.

70. Već sam u gornjoj točki 34. podsjetio na važna obilježja sličnog nadzora istaknuta u sudskoj praksi. U prethodnim sam točkama 39. do 41., s druge strane, podsjetio na razlog na kojem se temelji priznanje iznimke *in house* kojom se objašnjava i samo značenje zahtjeva sličnog nadzora.

71. Iz tih razmatranja, a posebno iz potrebe za strukturnim i funkcionalnim nadzorom, prema mojem mišljenju, proizlazi da se takav nadzor mora proširiti na cijelu djelatnost uspješnog ponuditelja i nije dovoljno da je ograničen na sektor sklapanja ugovora o javnoj nabavi. *In house* tijelo mora, naime, u biti postupati kao javno tijelo koje mora imati odlučujući utjecaj na strateške ciljeve i važne odluke subjekta nad kojim izvršava nadzor⁴⁶.

45 — Vidjeti t. 43. prethodno navedene presude Komisija/Njemačka.

46 — Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješci 21. i prethodno navedenu presudu Sea, t. 65.

72. Međutim, valja podsjetiti da je Sud već imao priliku razjasniti da se, iako se sudskom praksom zahtijeva da nadzor koji izvršava javni naručitelj nad uspješnim ponuditeljem mora biti sličan onome koji javni naručitelj izvršava nad vlastitim službama, ne zahtijeva da nadzor koji se izvršava nad uspješnim ponuditeljem mora biti istovjetan u svakom pogledu onome koji se izvršava nad službama⁴⁷.

73. S tim u vezi valja istaknuti da je autonomnost koju uživaju sveučilišta u području obrazovanja i istraživanja izraz slobode obrazovanja i istraživanja, načela koje nije izraženo samo na ustavnoj razini u članku 5. stavku 3. njemačkog Ustava, već i u Povelji o temeljnim pravima Europske unije kojom se u njezinom članku 13. određuje da je znanstveno istraživanje slobodno i da se poštuje akademska sloboda. S obzirom na prethodno navedeno smatram da se ne može zahtijevati izvršavanje nadzora koji se proširuje i na obrazovnu i istraživačku djelatnost nad tijelima kao što su sveučilišta kako bi ona mogla ostvariti pravo na iznimku *in house* jer je autonomija sveučilišta u odnosu na te djelatnosti izraz ustavnih vrijednosti koje su zajedničke pravnim sustavima država članica i propisane Poveljom.

74. Uostalom, u tom se pogledu može istaknuti i da je Sud u svojoj sudskoj praksi već imao priliku pozabaviti se posebnošću sveučilišnih ustanova u pogledu pravila u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi⁴⁸.

75. Iz prethodno navedenog proizlazi da, ako Sud bude smatrao potrebnim odgovoriti i na drugo prethodno pitanje koje je uputio sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, smisao tog odgovora bi, prema mojem mišljenju, trebao biti da sličan nadzor mora biti proširen na cijelu djelatnost uspješnog ponuditelja, osim na prava obrazovanja i istraživanja koja su svojstvena sveučilištima.

V – Zaključak

76. Na temelju prethodno navedenih razmatranja, predlažem Sudu da na prvo prethodno pitanje koje je uputio Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg odgovori kako slijedi:

Ugovor čiji je predmet pružanje usluga za koje korisnik usluga, koji je javni naručitelj u smislu Direktive 2004/18, ne izvršava nad subjektom koji ih pruža sličan nadzor onome koji izvršava nad vlastitim službama, ali nad oba subjekta nadzor izvršava ista ustanova koja se može kvalificirati kao javni naručitelj u smislu navedene direktive, i u kojem i korisnik usluga i pružatelj usluga izvršavaju ključan dio svoje djelatnosti s ustanovom koja ih nadzire, smatra se ugovorom o javnoj nabavi jer se radi o ugovoru koji su u pisanom obliku sklopili javni naručitelj korisnik usluga i gospodarski subjekt koji ih pruža, čiji je predmet posao koji se može kvalificirati kao pružanje usluga u smislu navedene direktive.

Takvim se ugovorom može uživati iznimka od primjene postupaka dodjele ugovora o javnoj nabavi predviđenih pravilima Unije u području sklapanja ugovora o javnoj nabavi samo ako javno tijelo koje izvršava nadzor izvršava na isključivoj osnovi, i nad subjektom korisnikom usluga i nad subjektom koji ih pruža, sličan nadzor onome koji izvršava nad vlastitim službama, a oba subjekta izvršavaju ključan dio svoje djelatnosti s tim javnim tijelom koje ih nadzire, ili kada takav ugovor zadovoljava sve predviđene zahtjeve primjene izuzeća na suradnju javnih tijela.

47 — U tom smislu vidjeti prethodno navedenu presudu Coditel Brabant, t. 46.

48 — Vidjeti prethodno navedenu presudu CoNISMa, t. 48., 49. i 51. i prethodno navedenu presudu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., t. 27.