

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 1. marca 2005¹

I – Uvod

1. Eno izmed osrednjih vprašanj v pravu javnih naročil je razlikovanje med postopki oddaje javnih naročil, pri katerih je javni razpis obvezen, in postopki oddaje javnih naročil, pri katerih javni razpis ni obvezen. V zvezi s tem je še posebno aktualno razlikovanje med podnaročili in tako imenovanim internim poslom, imenovanim tudi „notranji posel“.

2. *Notranji posli v ožjem smislu* so postopki, v katerih oseba javnega prava odda naročilo eni izmed svojih služb brez lastne pravne subjektivitete. V *širšem smislu* pa lahko k notranjim poslom prištevamo tudi nekatere primere, v katerih javni naročniki sklepajo pogodbe z družbami, ki jih nadzirajo, vendar imajo lastno pravno subjektiviteto. Medtem ko notranji posli v ožjem smislu sami po sebi niso del prava javnih naročil, saj gre pri tem

za postopke, ki so povsem stvar notranje uprave², pa se pri notranjih poslih v širšem smislu (v določenih primerih imenovanih tudi kvazinotranji posli³) redno zastavlja težko vprašanje razmejitve, ali zanje velja obveznost javnega razpisa ali ne. Gre za problematiko, s katero se Sodišče v tem primeru znova ukvarja⁴.

3. Občina Brixen je brez predhodnega postopka za oddajo javnega naročila oddala upravljanje dveh odplačnih javnih parkirišč hčerinski družbi Stadtwerke Brixen AG. To oddajo izpodbija zasebna družba Parking Brixen GmbH. Italijansko sodišče Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen (upravno sodišče, avtonomna divizija za pokrajino Bolzano; v nadaljevanju tudi: predložitveno sodišče) je Sodišču v

2 — Sodba z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točki 49 in 50), ki se nanaša na Direktivo Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 93/36).

3 — V zvezi s tem glej točko 49 sklepnih predlogov generalne pravobranilke C. Stix-Hackl z dne 23. septembra 2004 v zadevi Stadt Halle (C-26/03, ZOdl., str. I-1).

4 — Glej temeljno sodbo Teckal, navedeno v opombi 2. Šele pred kratkim, 11. januarja 2005, je bila izrečena sodba v zadevi Stadt Halle in drugi (C-26/03, ZOdl., str. I-1). Več zadev trenutno se poteka, na primer zadeve Coname (C-231/03), Komisija proti Avstriji (C-29/04) in Saba Italia (C-216/04).

1 — Jezik izvornika: nemščina.

predhodno odločanje predložilo dve vprašanji, ki se v bistvu nanašata, prvič, na ločnico med javnimi koncesijami za storitve in javnimi naročili storitev in, drugič, na ločnico med zunanjimi naročili, za katera je javni razpis obvezen, in notranjimi posli, za katere javni razpis ni obvezen.

(a) *„javna naročila storitev“* pomenijo pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom, [...]

(b) *„naročniki“* pomenijo državo, regionalne ali lokalne oblasti, telesa, za katera velja javno pravo, združenja, ki jih ustanovi ena ali več takšnih oblasti ali teles, za katere velja javno pravo.

II – Pravni okvir

A – Pravo Skupnosti

4. Zakonodaja Skupnosti, ki se nanaša na ta primer, zajema Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev⁵ (v nadaljevanju: Direktiva 92/50) ter člene 43 ES, 49 ES in 86(1) ES.

5. Člen 1(a) in (b) Direktive 92/50 določa:

„V tej direktivi

5 — Direktiva Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1). Ta direktiva je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114; v nadaljevanju: Direktiva 2004/18). Vendar Direktiva 92/50 v časovnem pogledu ostaja uporabljiva za ta primer.

[...]“

6. V členu 43 ES je zagotovljena svoboda ustanavljanja, v členu 49 ES pa svoboda opravljanja storitev. Po členih 48(1) ES in 55 ES se družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, glede teh dveh temeljnih svoboščin obravnavajo enako kakor fizične osebe, ki so državljani držav članic.

7. Nazadnje člen 86(1) in (2) ES določa naslednje:

„1. Države članice glede javnih podjetij ali podjetij, katerim so odobrile posebne ali

izključne pravice, ne smejo sprejeti ali ohraniti v veljavi ukrepov, ki so v nasprotju s to pogodbo, zlasti s členom 12 in členu od 81 do 89.

2. Podjetja, pooblaščenca za opravljanje storitev splošnega gospodarskega pomena, oziroma podjetja, ki imajo značaj dohodkovnega monopola, ravnajo po pravilih iz te pogodbe, zlasti po pravilih o konkurenci, kolikor uporaba takšnih pravil pravno ali dejansko ne ovira izvajanja posebnih nalog, ki so jim dodeljene. Razvoj trgovine ne sme biti prizadet v takšnem obsegu, da bi bil v nasprotju z interesi Skupnosti.

B – Nacionalno pravo

8. V Italiji je skladno s členom 115(1) decreto legislativo⁶ št. 267 predsednika republike z dne 18. avgusta 2000 (v nadaljevanju: decreto legislativo 267/2000)⁷ dovoljeno občinam in drugim regionalnim ali lokalnim oblastem, da svoja namenska podjetja (imenovana tudi posebna podjetja) z enostranskim pravnim aktom preoblikujejo v

delniške družbe. Pri tem zadevne družbe ohranijo pravice in dolžnosti iz časa pred preoblikovanjem ter prevzamejo vsa sredstva in obveznosti prvotnih posebnih podjetij. Vsakokratna regionalna ali lokalna oblast lahko skladno s tem predpisom ostane edina delničarka take družbe, vendar ne več kakor dve leti po preoblikovanju.

9. V členu 88(6) koordiniranega besedila pravilnika občin avtonomne dežele Trentinsko - Zgornje Poadižje (v nadaljevanju: Pravilnik občin) je določeno:

„Občine z uredbo določijo postopke in merila za izbiro v nadaljevanju naštetih organizacijskih oblik javnih storitev gospodarskega in podjetniškega pomena:

(a) ustanavljanje posebnih podjetij;

(b) ustanavljanje ali udeležba v ustreznih delniških družbah, ali družbah z omejeno odgovornostjo, s prevladujočim lokalnim javnim vplivom;

6 — Uredba, ki nadomešča zakon, ali zakonodajni dekret.

7 — Decreto legislativo 267/2000 nosi naslov „Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali“ (Enotno besedilo določb o lokalnih oblasteh) in je objavljen v GIURI št. 227 z dne 28. septembra 2000, Ordentliches Beiblatt št. 162.

(c) dodelitev izvajanja javnih služb tretjim, pri čemer je treba za njihovo določitev predpisati ustrezne konkurenčnopravne pogoje. [...]“⁸

2000 prenesena na družbo Stadtwerke Brixen. Kot se je izkazalo na obravnavi, pa omenjenih parkirišč ne uporabljajo samo obiskovalci bazena.

10. Poleg tega je v členu 88(18) pravilnika občin določeno, da lahko regionalne ali lokalne oblasti, ki imajo deleže v družbah, oblikovanih v smislu 6. odstavka – pod nekaterimi tam podrobneje opredeljenimi pogoji – tem družbam kadar koli poverijo upravljanje nadaljnjih javnih storitev, ki so združljive s cilji družbe.

12. Po navedbah predložitvenega sodišča ležita ti parkirišči na dveh različnih zemljiških parcelah s številkami 491/6 in 491/11.

III – Dejanski okvir

A – Dejansko stanje in spor o glavni stvari

11. Občina Brixen, ki leži v italijanski avtonomni deželi Trentinsko - Zgornje Poadižje, je v letih 2001 in 2002 – vsakokrat brez predhodnega postopka oddaje – prenesla upravljanje dveh javnih parkirišč na družbo Stadtwerke Brixen AG. Obe parkirišči sodita k občinskemu javnemu bazenu, katerega gradnja in upravljanje sta bila že leta

13. Za parcelo 491/11 je občina decembra 2001 izdala družbi Stadtwerke Brixen AG gradbeno dovoljenje za graditev parkirišča nad zemljo in pod njo⁹. Do dokončanja načrtovanega podzemnega parkirišča je bilo tam sprva poskrbljeno za začasno nadzemno parkirišče. V ta namen je bilo zadevno zemljišče (do tedaj nogometno igrišče) začasno utrjeno in preurejeno v parkirišče s približno 200 parkirnimi mesti.

14. Za zagotovitev dodatnega parkirnega prostora je bilo novembra 2002 na družbo Stadtwerke Brixen AG za devet let preneseno tudi upravljanje sosednjega nadzemnega

8 — Ta predpis izhaja iz člena 44 deželnega zakona št. 1 z dne 4. januarja 1993 (Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol št. 3 z dne 19. januarja 1993, Ordentliches Beiblatt št. 1), ki se spreminja s členom 10 deželnega zakona št. 10 z dne 23. oktobra 1998 (Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol št. 45 z dne 27. oktobra 1998, Beiblatt št. 2).

9 — Sklep občinskega sveta št. 118 z dne 18. decembra 2001.

parkirišča na parceli 491/6.¹⁰ To parkirišče, ki ima prav tako približno 200 parkirnih mest, je pred tem več kakor deset let neposredno upravljala občina Brixen.

15. Za uporabo zadnjenavedenega parkirišča, ki leži na parceli 491/6, lahko družba Stadtwerke Brixen AG v skladu z dogovorom, ki ga je z občino Brixen sklenila 19. decembra 2002, od uporabnikov zahteva plačilo. V zameno se je zavezala, da bo občini plačala letno nadomestilo v višini 151.700 EUR, ki se v primeru zvišanja parkirnine sorazmerno zviša¹¹. Obenem je družba Stadtwerke Brixen AG prevzela osebje tega parkirišča, ki je bilo prej zaposleno pri občini Brixen, se zavezala k rednemu in izrednemu vzdrževanju zemljišča ter glede tega prevzela vso odgovornost. Družba Stadtwerke Brixen AG je tudi izjavila, da je pripravljena nadaljevati izposojno koles, ki se je na parkirišču izvajala že prej, in da bo tam še naprej dovolila tudi prirejanje tedenske tržnice.

16. Vendar pa v skladu z navedbami predložitvenega sodišča o uporabi nadzemnega

parkirišča na parceli 491/11 ni bil sklenjen noben tak dogovor.

17. Oddajo upravljanja parkirišča družbi Stadtwerke Brixen AG izpodbija družba Parking Brixen GmbH, ki že upravlja parkirno hišo na drugi lokaciji v Brixnu in je prav tako zainteresirana za upravljanje obeh parkirišč, ki sta predmet tega spora. 17. januarja 2003 je pri predložitvenem sodišču vložila tako imenovani „Rekurs“ (pritožba) in zahtevala razveljavitev aktov, na podlagi katerih je bila izvedena oddaja javnega naročila.

B – Dodatne informacije o družbi Stadtwerke Brixen AG in nekdanjem namenskem podjetju

18. Stadtwerke Brixen AG je pravna naslednica Stadtwerke Brixen, nekdanjega namenskega podjetja (imenovanega tudi posebno podjetje) občine Brixen. To namensko podjetje je imelo že od 1. januarja 1999 pravno subjektiviteto in je bilo podjetniško samostojno, oktobra 2001 pa ga je občina na podlagi člena 115 decreto legislativo 267/2000 preoblikovala v delniško družbo Stadtwerke Brixen AG.¹²

¹⁰ — Sklep občinskega sveta št. 107 z dne 28. novembra 2002.

¹¹ — V skladu s predložitvenim sklepom zvišanje parkirnine vodi v zvišanje letnega nadomestila „v obsegu 80 % ustreznega odstotnega zvišanja cene“.

¹² — Sklep občinskega sveta št. 97 z dne 25. oktobra 2001.

19. Naloge Stadtwerke Brixen AG izhajajo iz člena 4 njenega statuta; skladno z njim sme delovati na številnih področjih, ki v najširšem smislu sodijo pod storitve splošnega gospodarskega pomena, zlasti na področjih oskrbe z vodo in odstranjevanja odpadne vode, zagotavljanja ogrevanja in energije, graditve cest, odvoza odpadkov, prevoza oseb in blaga ter informatike in telekomunikacij, in sicer tako na lokalni kot tudi na nacionalni in mednarodni ravni. K njenim nalogam sodijo tudi upravljanje parkirišč in parkirnih garaž ter s tem povezane dejavnosti.

20. Edina delničarka Stadtwerke Brixen AG je bila ob prenosu obeh parkirišč in tudi po njem občina Brixen. V členu 5(2) statuta Stadtwerke Brixen AG je določeno, da udeležba občine Brixen v ustanovitvenem kapitalu družbe nikakor ne sme biti pod absolutno večino vseh delnic.

21. Stadtwerke Brixen AG skladno s členom 17 njenega statuta upravlja upravni odbor, ki ga sestavljajo od trije do sedem članov in ki ga imenuje skupščina družbe, pri čemer sme občina Brixen¹³ vsekakor imenovati večino njegovih članov. Skladno s členom 18 statuta ima upravni odbor pooblastilo za redno upravljanje družbe, za katero pa vseeno velja več omejitev in zlasti v nekaterih primerih

zajema opravljanje pravnih poslov do višine 5.000.000 EUR za vsak posel. Poleg tega skladno s členom 24 statuta deluje nadzorni svet, ki ga sestavljajo dva stalna in dva nadomestna člana, od katerih občina Brixen imenuje najmanj dva stalna in enega nadomestnega člana.

22. Nekdanje posebno podjetje Stadtwerke Brixen je imelo v stvarnem pogledu podobne naloge kot zdajšnja družba Stadtwerke Brixen AG, čeprav so bile v zadevah, ki so presegale meje občine, omejene na pristojnosti občine pri sodelovanju z drugimi podjetji. Tako so njene naloge že zajemale upravljanje parkirišč in parkirnih hiš, ne pa še denimo informatike in telekomunikacij. Upravni odbor Stadtwerke je nekdanje imenoval občinski svet in je pri svojem delu moral upoštevati smernice, ki jih je postavil občinski svet.

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

23. Predložitveno sodišče je s sklepom z dne 23. julija 2003 prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo dve vpra-

13 — Kakor se je izkazalo na javni obravnavi, je pristojen občinski svet.

šanji. S tema vprašanjema za predhodno odločanje, v uvodu katerih se sklicuje tudi na člene 43 ES in naslednje, 49 ES in naslednje ter 86 ES, zahteva informacije o tem:

ustanovljena v skladu s členom 115 decreto legislativo št. 267/2000 na podlagi preoblikovanja posebnega obrata občine, katere kapital je bil med oddajo naročila v celoti v lasti občine, vendar ima njena uprava obsežna pooblastila rednega upravljanja do vrednosti 5.000.000,00 EUR na posel?“

„1. Ali je oddaja upravljanja zadevnih javnih odplačnih parkirišč javno naročilo storitev v smislu Direktive 92/50 ali koncesija za storitve javnih služb, za [katero] veljajo pravila konkurence ES, zlasti obveznost enakega obravnavanja in preglednosti?

24. Sodno tajništvo Sodišča je stranke v postopku z dopisom z dne 16. decembra 2004 opozorilo na sodbo Stadt Halle¹⁴, ki naj bi bila razglašena 11. januarja 2005, s čimer jim je dalo priložnost, da 13. januarja 2005 na obravnavi v tem postopku zavzamejo stališče do omenjene sodbe.

2. Ali je – če gre dejansko za koncesijo za storitve za izvajanje lokalne javne službe – oddaja upravljanja javnih odplačnih parkirišč, ki je bila v skladu s členom 44(6)(b) deželnega zakona št. 1 z dne 4. januarja 1993, kot je bil spremenjen s členom 10 deželnega zakona št. 10 z dne 23. januarja 1998, in v skladu s členom 88(6)(a) in (b) pravilnika občin, izvedena brez javnega razpisa, združljiva s pravom Skupnosti, zlasti z načeli svobodnega opravljanja storitev in svobodne konkurence, prepovedi diskriminacije in iz njih izhajajočih obveznosti enakega obravnavanja in preglednosti ter sorazmernosti, v primeru delniške družbe, ki je bila

25. V postopku pred Sodiščem so pisne in ustne izjave podali Parking Brixen AG, Stadtwerke Brixen AG, občina Brixen, italijanska vlada, avstrijska vlada in Komisija. Na obravnavi je stališča predložila tudi nizozemska vlada.

V – Pravna presoja

26. Predlog za sprejetje predhodne odločbe si v osnovi zastavlja cilj razjasniti, katera

¹⁴ – Navedena v opombi 4.

pravila, če sploh, pravo Skupnosti predpisuje glede transakcij med naročniki in njihovimi hčerinskimi družbami; to je predmet druga vprašanja predložitvenega sodišča. Še prej pa bo treba znotraj prvega vprašanja za predhodno odločanje preudariti, iz katerih pravnih norm prava Skupnosti takšna pravila, če so, sploh izhajajo – iz Direktive 92/50 ali pravnih načel, ki jih vsebuje Pogodba ES; pri tem je treba razlikovati med javnimi naročili storitev in koncesijami za storitve.

A – Prvo vprašanje: razmejitev med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve

27. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem izvedeti predvsem, ali primer, v katerem naročnik poveri podjetniku upravljanje javnega parkirišča, ta podjetnik pa sme za uporabo parkirišča zaračunati plačilo in se v zameno zaveže k plačevanju letnega nadomestila občini, pomeni oddajo javnega naročila v smislu Direktive 92/50 ali koncesijo za storitve javnih služb.

28. Za odgovor na to vprašanje na tej stopnji še ni pomembna na začetku omenjena

razmejitev med oddajami tretjim osebam, za katere je javni razpis obvezen, in notranjimi posli, za katere javni razpis ni obvezen.¹⁵ Za zdaj je tu dovolj preveriti, ali sam predmet transakcije, kakršna je bila v tem primeru sklenjena med občino Brixen in Stadtwerke Brixen AG, sploh lahko spada na področje Direktive 92/50. Na to vprašanje bi lahko odgovorili pritrdilno, če bi šlo pri tej transakciji za javno naročilo storitev, nikalno pa, če bi šlo za koncesijo za storitve. Kajti v skladu s sodno prakso Sodišča, ki je bila sprva razvita za tako imenovano direktivo o posebnih sektorjih (93/38)¹⁶ in pozneje prenesena na področje direktive o storitvah (92/50), takšne koncesije niso pisno sklenjene odplačne pogodbe v smislu teh dveh direktiv,¹⁷ in sicer celo tedaj ne, kadar zadevajo področja dejavnosti, navedena v prilogah k direktivam. To potrjuje tudi nasprotna razlaga v prihodnosti veljavne Direktive 2004/18, v kateri se prvič pojavijo izrecno sklicevanje na koncesije za storitve.¹⁸

29. V nasprotju z javnim naročilom storitev je za koncesijo za storitve značilno, da

15 — V zvezi s tem glej točki 1 in 2 teh sklepnih predlogov.

16 — Direktiva Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84), vmes razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštinskih storitev (UL L 134, str. 1).

17 — Glede člena 1(a) direktive o storitvah (92/50) glej sklep z dne 30. maja 2002 v zadevi *Buchhändler-Vereinigung* (C-358/00, Recueil, str. I-4685, točki 29 in 30); glede člena 1(4) direktive o posebnih sektorjih (93/38) glej sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi *Telaustria* in *Telefonadress* (C-324/98 Recueil, str. I-10745, točki 57 in 58).

18 — Člen 1(4) Direktive 2004/18.

izvajalec zadevnih storitev zanje od naročnika kot nasprotno dajatev prejme pravico do opravljanja svoje storitve za plačilo.¹⁹

opravlja, tj. od upravljanja in vzdrževanja parkirišča. Obenem pa nosi tudi ekonomsko tveganje, povezano z upravljanjem parkirišča, saj mora iz prejetih plačil za uporabo financirati ne le tekoče stroške, temveč tudi vzdrževanje parkirne površine in letno nadomestilo, ki ga mora plačati občini. Vse to kaže, da zadevna transakcija ni javno naročilo storitev, temveč koncesija za storitve.

30. Kot pravilno navajajo Komisija ter avstrijska in italijanska vlada, v primeru koncesije za storitve podjetnik namreč nosi tveganje, povezano s storitvijo, in prejme nadomestilo – vsaj delno – od uporabnika storitve, denimo prek plačila za storitev.²⁰ Torej gre za trikotno razmerje med naročnikom, izvajalcem storitve in njenim uporabnikom. V nasprotju s tem pa javno naročilo storitev vodi zgolj v dvostransko pravno razmerje, v katerem plačilo za opravljeno storitev opravi sam naročnik, ki poleg tega nosi tudi tveganje glede nabave.

31. Glede na znane dejanske okoliščine predstavlja v tem primeru nasprotno dajatev, ki jo občina Brixen daje Stadtwerke Brixen AG za upravljanje parkirišča na zemljiški parceli 491/6, izključno dovoljenje, da sme Stadtwerke Brixen AG uporabnikom parkirišča zaračunati plačilo za uporabo. Z ekonomskega stališča lahko Stadtwerke Brixen AG tako pobira sadove od storitve, ki jo

32. Na podlagi razpoložljivih informacij ni mogoče dokončno presoditi, ali enako velja tudi za parkirišče na zemljiški parceli 491/11. Tako in tako pa uporaba meril, opredeljenih s pravom Skupnosti, v dejanskih okoliščinah postopka v glavni stvari ni naloga Sodišča, temveč stvar predložitenega sodišča.²¹ To sodišče bo moralo zlasti ugotoviti, ali je nasprotna dajatev, ki jo občina Brixen daje družbi Stadtwerke Brixen AG za upravljanje parkirišča, dovoljenje za pobiranje parkirnine od uporabnikov parkirišča.

19 – Sodba Telaustria in Telefonadress (točka 58, druga alinea) in sklep Buchhändler-Vereinigung (točka 27), oba navedena v opombi 17. V tem smislu tudi v prihodnje uporabljiva pravna definicija v členu 1(4) Direktive 2004/18.

20 – V zvezi s tem se Komisija sklicuje tudi na svoje sporočilo glede prošelj za razlago na področju koncesij v pravu Skupnosti (UL 2000, C 121, str. 2); glej tam zlasti odstavek 2.2.

21 – Glej v tem smislu med drugim sodbo z dne 16. julija 1998 v zadevi Dumon in Froment (C-235/95, Recueil, str. I-4531, točka 25) in podobno sodbo Telaustria in Telefonadress (navedena v opombi 17, točka 63).

33. Nazadnje, vsekakor soglašam z družbo Parking Brixen GmbH, avstrijsko in italijansko vlado ter s Komisijo²² glede tega, da situacija, v kateri naročnik poveri podjetniku upravljanje javnega parkirišča, ta podjetnik pa sme za uporabo parkirišča zaračunati plačilo in se v zameno zaveže k plačevanju letnega nadomestila naročniku, ne pomeni javnega naročila storitev v smislu Direktive 92/50, temveč koncesijo za storitve, ki v tej direktivi niso zajete.

1. Skupnostni načeli prepovedi diskriminacije in preglednosti tudi zunaj področja uporabe direktiv o javnih naročilih

35. V nasprotju s stališčem nizozemske vlade je v sodni praksi že razčiščeno, da za naročnike tudi zunaj področja uporabe direktiv o javnih naročilih²³ veljajo zahteve prava Skupnosti, ki izhajajo iz temeljnih pravil Pogodbe ES, zlasti iz temeljnih svobod²⁴ in prepovedi diskriminacije, ki jo vsebujejo²⁵.

B – Drugo vprašanje: pravila prava Skupnosti, s katerimi se ureja oddaja koncesij za storitve hčerinskim družbam naročnikov

34. Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem izvedeti predvsem, pod katerimi pogoji sme naročnik brez predhodne izvedbe postopka oddaje podeliti eni izmed svojih hčerinskih družb koncesijo za storitve, kot je pooblastilo za upravljanje javnih odplačnih parkirišč, ki je sporno v postopku v glavni stvari.

36. Z načelom prepovedi diskriminacije je povezana obveznost preglednosti. Kajti, le kadar je oddaja naročila ali koncesije izvedena pregledno, je mogoče ugotoviti, ali je bilo načelo nediskriminacije v posameznem primeru spoštovano ali pa je bila sprejeta

22 – Druge stranke v postopku niso predložile podrobnejših stališč do tukaj obravnavane problematike. Občina Brixen in družba Stadtwerke Brixen AG pa zanikata, da bi šlo za koncesijo za storitve, in sicer ker družba Stadtwerke Brixen AG v odnosu do občine Brixen ni tretja oseba.

23 – Glede neuporablivosti Direktive 92/50 v primeru, kot je obravnavani primer, glej navedbe analize prvega vprašanja (točke od 27 do 33 teh sklepnih predlogov).

24 – V primeru, kot je obravnavani, lahko postaneta relevantni svoboda opravljanja storitev (člen 49 ES) in – če namerava tuj ponudnik za upravljanje parkirišč ustanoviti podjetje v Italiji – tudi svoboda ustanavljanja (člen 43 ES).

25 – V tem smislu – posebno za primer koncesije za storitve – sodba Telaustria in Telefonadress (navedena v opombi 17, točka 60); glej tudi sodbo z dne 23. januarja 2003 v zadevi Makedoniko Metro in Michaniki (C-57/01, Recueil, str. I-1091, točka 69) in sklep z dne 3. decembra 2001 v zadevi Vestergaard (C-59/00, Recueil, str. I-9505, točki 20 in 21); podobno sodba z dne 18. junija 2002 v zadevi HI (C-92/00, Recueil, str. I-5553, točka 47).

samovoljna odločitev za nekega ponudnika oziroma proti njemu.²⁶

37. Vse to pa sicer nikakor ne pomeni, da bi moral biti uporabljeni postopek v vseh podrobnostih primerljiv s postopkom, predvidenim v direktivah o javnih naročilih. Toda kot je Sodišče menilo v sodbi *Telaustria in Telefonadress*, mora naročnik v skladu z obveznostjo glede preglednosti „v korist morebitnih ponudnikov zagotoviti ustrezno stopnjo publicitete, ki trg storitev odpre konkurenci in omogoča nadzor nad tem, ali so bili postopki podelitve izvedeni nepristransko“.²⁷

38. Le mimogrede naj omenimo, da *Stadtwerke Brixen AG* v zvezi s tem ugovarja, češ da se člen 43 ES in naslednji za ta primer sploh ne uporabljajo, ker dejanskim okoliščinam postopka v glavni stvari manjka čezmejna povezava. Vse stranke v postopku v glavni stvari naj bi imele sedež v Italiji.

39. V zvezi s tem je treba poudariti, da temeljne svoboščine sicer dejansko niso uporabljive za povsem notranje situacije.²⁸

26 — Sodbi *Telaustria in Telefonadress* (navedena v opombi 17, točka 61) ter *HI* (navedena v opombi 25, točka 45); sodba z dne 18. novembra 1999 v zadevi *Unitron Scandinavia in 3-S* (C-275/98, Recueil, str. I-8291, točka 31).

27 — Sodba *Telaustria in Telefonadress* (navedena v opombi 17, točka 62).

28 — Ustaljena sodna praksa, glej nazadnje sodbo z dne 16. decembra 2004 v zadevi *My* (C-293/03, ZOdl., str. I-12013, točka 40). Posebej glede svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev glej sodbo z dne 7. februarja 1979 v zadevi *Knoors* (115/78, Recueil, str. 399, točka 24, prva polovica stavka).

Kot pa so pravilno opozorili Komisija, *Parking Brixen GmbH* in avstrijska vlada, v pravu javnih naročil vsaka kršitev obveznosti glede preglednosti vpliva ne le na domača podjetja, kot je *Parking Brixen GmbH*, temveč na vse mogoče kandidate, tudi na morebitne ponudnike iz drugih držav članic.²⁹ Morebitno pomanjkanje javnosti torej obenem vselej vpliva tudi na temeljne svoboščine mogočih kandidatov iz drugih držav članic.

2. Mogoča izjema za posle z lastnimi hčerinskimi družbami: sodna praksa v primeru *Teckal*

40. Vendar je treba preudariti še, ali je izjemoma mogoče izvzeti naročnika iz opisanih pravil prava Skupnosti, kadar naroča storitve od entitet, ki jih sam nadzoruje.

29 — Glej tudi sodbo z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-84/95, Recueil, str. I-2043, točka 33), po kateri lahko oddaja naročila posredno ali neposredno vpliva na podjetja, ustanovljena v drugih državah članicah. Zato je treba zahteve glede postopka oddaje upoštevati ne glede na državljanstvo ali kraj ustanovitve ponudnikov. Ta preudarek velja ne le za zahteve, določene v direktivah o javnih naročilih, temveč ga je mogoče prenesti tudi na primere, kakršen je ta, v katerih je treba uporabljati splošna načela prava Skupnosti.

41. Če naročnik namerava v to vključiti organizacijsko osamosvojeno javno podjetje, namreč eno izmed svojih hčerinskih družb, se sprva zdi, da je odgovor na dlani: v skladu z načelom enakega obravnavanja javnih in zasebnih podjetij, izraženem še zlasti v členu 86(1) ES, javna podjetja – ob upoštevanju izjem, ki jih vsebuje člen 86(2) ES – ne smejo biti obravnavana ugodneje kot zasebna konkurenca. Naročnik torej ne sme preprosto poveriti opravljanja storitev podjetju, ki ga nadzoruje, ne da bi prej sploh upošteval druge mogoče ponudnike in izvedel pregleden postopek izbire.

42. Po drugi strani pa ima javno telo prosto izbiro, da naloge, ki so mu dodeljene, opravi izključno z lastnimi sredstvi, tj. interno, ne da bi sploh poseglo po storitvah pravno samostojnih – javnih ali zasebnih – podjetij. Tedaj zanj tudi ne veljajo zahteve prava javnih naročil³⁰ in člena 86 ES.

43. Kakor je bilo omenjeno že v uvodu, razmejitev med tovrstnimi notranjimi posli in zunanji postopki oddaje javnih naročil v posameznih primerih neredko povzroča težave. Glede tega je Sodišče – v zvezi z Direktivo 93/36 – precedens postavilo s

sodbo v primeru Teckal³¹. Iz omenjene sodbe je mogoče sklepati, da se pravo javnih naročil načeloma uporabljata tedaj, ko je sklenjen dogovor med dvema različnima osebama³², ko torej obstaja pogodba.

44. Za uporabo prava javnih naročil pa niso odločilni le čisto formalni vidiki, temveč tudi proces vrednotenja. Kajti celo tedaj, ko imata formalno gledano oba partnerja v pravnem poslu pravno subjektiviteto, je izjemoma mogoče med njima izvedeno transakcijo kljub temu izenačiti z notranjim poslom, in sicer če sta izpolnjeni dve kumulativni merili, ki ju je razvila sodna praksa:³³

— naročnik³⁴ mora nad svojim poslovnim partnerjem³⁵ izvajati podoben nadzor, kot je ta, ki ga izvaja nad lastnimi službami (prvo merilo Teckal);

31 — Sodba Teckal (navedena v opombi 2, točke 46, 49 in 50).

32 — Kar zadeva osebno področje uporabe, je nujni, pa tudi zadostni pogoj, da je eden izmed pogodbenikov naročnik (sodbi Teckal, navedena v opombi 2, točka 42, drugi stavek, in Stadt Halle, navedena v opombi 4, točka 47; glej tudi sodbo z dne 7. decembra 2000 v zadevi ARGE (C-94/99, Recueil, str. I-11037, točka 40)).

33 — Merili v prvotnem besedilu je mogoče najti v točki 50, drugi stavek, sodbe Teckal (navedena v opombi 2), omenjeni pa sta tudi v sodbi z dne 13. januarja 2005 v zadevi Komisija proti Španiji (C-84/03, ZOdl., str. I-139, točka 38). V sodbi Stadt Halle (navedena v opombi 4, točka 49, drugi stavek) se ti merili znova uporabljata, čeprav v jezikovno nekoliko spremenjenem besedilu. Če ni označeno drugače, naslednje navedbe temeljijo na slednji različici.

34 — Terminološko gledano je v sodbi Stadt Halle uporabljena okorna formulacija „javni organ, ki je javni naročnik“, v sodbi Teckal pa je govor – prilagojeno tamkajšnjemu dejanskemu stanju – o „regionalni ali lokalni oblasti“.

35 — Terminološko gledano je poslovni partner v sodbi Teckal označen kot „zadevna oseba“, v sodbi Stadt Halle pa kot „zadevni subjekt“.

30 — Sodba Stadt Halle (navedena v opombi 4, točka 48).

— ta poslovni partner mora glavni del svojih dejavnosti opravljati za³⁶ naročnika ali naročnike, ki so njegovi družbeniki (drugo merilo Teckal).

diskriminacije in obveznosti glede preglednosti. V nasprotnem primeru bi lahko prišlo do absurdne situacije, v kateri bi za naročnike zunaj področja uporabe direktiv veljale strožje zahteve kot za tiste znotraj, namreč obveznost zagotovitve preglednosti in javnosti, ki bi tedaj veljala brez izjeme.

45. Sodišče te sodne prakse od takrat ni uporabilo le za Direktivo 93/36, temveč tudi za direktivi 92/50 in 93/37^{37, 38}.

46. Merila Teckal je treba prenesti tudi na primere, kakršen je ta, za katere ne velja nobena izmed direktiv o javnih naročilih.³⁹ Kajti če so že v direktivah o javnih naročilih, v katerih so določene podrobne zahteve glede postopka oddaje, dovoljene izjeme za notranje posle, mora to še toliko bolj veljati tudi tam, kjer se uporabljajo tako ali tako manj podrobne postopkovne zahteve – zgolj splošne zahteve, ki izhajajo iz prepovedi

47. Poleg tega je treba upoštevati, da so direktive o javnih naročilih same po sebi namenjene zgolj izvajanju temeljnih pravil Pogodbe ES, ki izhajajo zlasti iz temeljnih svoboščin.⁴⁰ Izjeme od direktiv so torej končno izjeme od omenjenih načel. Tudi to govori za prenos sodne prakse v primeru Teckal na primere, v katerih prepoved diskriminacije in obveznost preglednosti izhajata neposredno iz temeljnih svoboščin in nista sprva izraženi v direktivah o javnih naročilih.

36 — Uporaba besede „z“ v sodbi Stadt Halle in večini jezikovnih različic sodbe Teckal je jezikovno gledano nenavadna, če vemo, da običajno ne gre za sodelovanje dveh podjetij, temveč za odnos, v katerem javno podjetje izvaja nekatere naloge ali opravlja storitve za javno telo, ki stoji za njim, navadno regionalno ali lokalno oblast.

37 — Direktiva Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54), vmes razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2004/18.

38 — V zvezi z Direktivo 92/50 glej sodbo Stadt Halle (navedeno v opombi 4, točki 47 in 49); podoben namig je bilo že mogoče najti v sodbi ARGE (navedeno v opombi 32, točka 40). V zvezi z Direktivo 93/37 glej sodbo Komisija proti Španiji (navedeno v opombi 33, točka 39).

39 — Glede neuporabljenosti Direktive 92/50 v primeru, kakršen je ta, glej navedbe glede prvega vprašanja (točke od 27 do 33 teh sklepnih predlogov).

48. Ali sta obe merila Teckal v konkretnem primeru, kakršen je ta, sploh lahko izpolnjeni, tako da je naročnika mogoče oprostiti pravil prava Skupnosti, kakor zatrjujejo

40 — V zvezi s tem glej na primer šesto uvodno izjavo Direktive 92/50 in drugo uvodno izjavo Direktive 2004/18 ter sodbi z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge (C-380/98, Recueil, str. I-8035, točka 16) ter z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi (C-470/99, Recueil, str. I-11617, točka 51). Glej tudi točke od 35 do 37 teh sklepnih predlogov.

občina Brixen, Stadtwerke Brixen AG in italijanska vlada, je odvisno od celotne presoje vseh okoliščin tega primera.

Stadt Halle. V njej je Sodišče natančneje opredelilo prvo merilo Teckal v tem smislu, da sleherna udeležba zasebnikov, celo kadar gre za manjšinski zasebni delež, izključuje podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami.⁴¹

a) Prvo merilo Teckal: podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad lastnimi službami

49. Skladno s prvim merilom Teckal za izenačitev z notranjim poslom velja pogoj, da naročnik nad svojim poslovnim partnerjem izvaja podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad lastnimi službami.

50. Komisija dvomi o tem, ali je za podjetje, kot je Stadtwerke Brixen AG, temu mogoče pritrditi, iz dveh razlogov: prvič, družba Stadtwerke Brixen AG bo morala na podlagi zakonske zahteve v prihodnje morda odpreti svoj kapital za udeležbo tretjih oseb, in drugič, organi te delniške družbe lahko večinoma samostojno vodijo tekoče posle. Na drugo dejstvo sta se sklicevali tudi družba Parking Brixen GmbH in avstrijska vlada.

i) Izključitev podobnega nadzora, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami, ob udeležbi zasebnikov

51. Izhodišče za preučitev tega vprašanja bi morala biti nedavno izdana sodba v zadevi

52. Ta natančnejša opredelitev kaže, da se je v sodni praksi z merilom podobnega nadzora, kot je tisti, ki ga izvaja nad lastnimi službami, oblikoval strožji standard od običajnega, denimo v pravu o konkurenci. Dejstvo, da ima torej naročnik večinski delež v kapitalu svoje hčerinske družbe, da uresničuje večino glasovalnih pravic in imenuje večino članov organov tega podjetja, vse to lahko – prav tako kot morebitni sporazumi med delničarji – dopušča sklepanje o nadzoru v smislu prava o konkurenci⁴² in razumevanju hčerinske družbe kot javnega podjetja v smislu člena 86(1) ES,⁴³ vendar pa te ugotovitve še ne zadostujejo za predpostavlanje obsežnejšega podobnega nadzora, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami.

53. Že sama prisotnost zasebne tretje osebe, pa čeprav le z manjšinskim deležem brez

41 — Sodba Stadt Halle (navedena v opombi 4, točki 49 in 52).

42 — V zvezi s tem glej denimo – glede pojma nadzora v kontekstu koncentracij podjetij – točke 13, 14 ter 18 in naslednje v sporočilu Komisije o pojmu koncentracije Uredbe Sveta (EGS) št. 4064/89 o nadzoru koncentracij podjetij (UL 1998, C 66, str. 5).

43 — Glej tudi člen 2 Direktive Komisije z dne 25. junija 1980 o preglednosti finančnih odnosov med državami članicami in javnimi podjetji (80/723/EGS) (UL L 195, str. 35; nazadnje spremenjena z Direktivo Komisije 2000/52/ES z dne 26. julija 2000, UL L 193, str. 75).

pravic veta, namreč preprečuje naročniku, da bi izvajal podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami. Kajti ob prisotnosti zasebne tretje osebe se vselej predpostavlja, da mora javno telo vsaj minimalno upoštevati ekonomske interese zasebne osebe – kajti šele tedaj bo zasebna tretja oseba sploh dala javnemu telesu na razpolago svoje znanje in izkušnje ali finančno moč. Če je torej zasebna tretja oseba – po potrebi po koncu javnega razpisa – udeležena v podjetju, lahko upoštevanje njenih ekonomskih interesov preprečuje javnemu telesu, da bi v celoti zasledovalo svoje javnopravne interese, čeprav je to s čisto pravnega stališča mogoče. Tako imenovane mešane gospodarske družbe se od golih upravnih služb bistveno razlikujejo ravno po povezavi javnih in zasebnih interesov.⁴⁴

54. Ker torej javno telo ne more nadzirati mešanih gospodarskih družb enako, kot lahko nadzira svoje službe, za vse pravne posle, ki jih naročnik sklepa z mešanimi gospodarskimi hčerinskimi družbami, načeloma veljajo pravila prava javnih naročil, zlasti prepoved diskriminacije in obveznost glede preglednosti.

44 – To je omenjeno tudi v sodbi Stadt Halle (navedeni v opombi 4, točka 50). Glede pojma mešanih gospodarskih družb glej denimo točko 58 sklepnih predlogov generalne pravobranilke C. Stix-Hackl v zadevi Stadt Halle (navedenih v opombi 3).

(ii) Odpiranje kapitala družbe za udeležbo tretjih oseb v prihodnosti

55. Stadtwerke Brixen AG ob prevzemu obeh parkirišč in tudi pozneje ni bila takšna mešana gospodarska družba, temveč stodontna hčerinska družba občine Brixen. Občina pa se je morala najpozneje v dveh letih po preoblikovanju nekdanjega lastnega podjetja odpovedati položaju edine delničarke v zamenjavo za zgolj večinski delež.⁴⁵

56. Načelo pravne varnosti zahteva, da je treba obveznost glede izvedbe postopka oddaje vselej presoditi *ex ante*, torej ob sklenitvi pravnega posla. Kajti tako s stališča naročnika in njegovega poslovnega partnerja kot tudi s stališča neupoštevanih konkurentov mora biti vprašanje, ali je treba izvesti postopek oddaje ali ne, določljivo že ob sklenitvi pogodbe. Upoštevanje poznejših okoliščin pride v poštev kvečjemu tedaj, kadar je bil njihov nastop zanesljivo predvidljiv že ob oddaji.

45 – Glej po eni strani člen 115 decreto legislativo 267/2000, po drugi pa člen 88(6)(b) pravilnika občin in člen 5(2) statuta Stadtwerke Brixen AG.

57. Izguba stoodstotnega deleža občine v hčerinski družbi bi bila vsekakor zanesljivo predvidljiva, ko bi se pridobitev deleža v družbi, ki bi ga pridobila konkretna tretja oseba, že neposredno bližala.

58. Vendar pa Komisija ob nadaljnjem razvijanju te trditve meni, da je bila v primeru, kot je ta, izguba stoodstotnega deleža občine dovolj predvidljiva že samo na podlagi tedaj veljavnega zakona in bi jo bilo treba zato upoštevati že ob prenosu parkirišč.

59. Iz zakonske določbe, kot je člen 115 decreto legislativo št. 267/2000, pa izhaja – če sploh⁴⁶ – zgolj obveznost prodati delnice v določenem roku. Če in kdaj pa bo dejansko prišlo do tovrstne prodaje in prenosa poslovnih deležev na tretje osebe, je odvisno od številnih nadaljnjih okoliščin, o nastopu katerih pa zgolj obstoj te zakonske obveznosti še ničesar ne pove. Še zlasti nikakor ni mogoče izključiti možnosti, da sploh ne bo interesenta, ki bi bil pod ponujenimi pogoji pripravljen pridobiti delež v zadevnem podjetju. To se ne nazadnje še posebno lepo

kaže tudi v tem primeru: glede na informacije, ki sta jih občina Brixen in družba Stadtwerke Brixen AG podali na javni obravnavi, ni deleža v družbi Stadtwerke Brixen AG do danes pridobila še nobena tretja oseba.

60. Tudi interesi strank v postopku za zdaj še niso taki, kakršni bi bili v mešani gospodarski družbi. Dokler namreč obstaja zgolj obveznost glede poznejšega odpiranja kapitala hčerinske družbe, kot partner pa se ni pojavila še nobena konkretna tretja oseba, naročnik pri oddaji naročil oziroma koncesij še nima razloga, da bi upošteval interese takega zasebnega vlagatelja.

61. Komisija je zaskrbljena, da bi utegnila med trajanjem podeljene (morebiti dolgoročne⁴⁷) koncesije v delniško družbo vstopiti tretja oseba in biti nato prek svojega deleža v podjetju udeležena tudi v gospodarskem donosu koncesije. Z nevarnostjo, povezano s tem, da bi bil poznejši zasebni vlagatelj obravnavan ugodneje kot druga zasebna podjetja,⁴⁸ pa se ni treba ukvarjati že ob oddaji same koncesije občinski hčerinski družbi, temveč zadostujejo ustrezni preventivni ukrepi ob izboru tretje osebe, to je

46 – Kot se je izkazalo na obravnavi pred Sodiščem, gre med strankami v postopku v tem primeru za spor o tem, ali se s členom 115 decreto legislativo 267/2000 občini sploh nalaga zakonska obveznost glede odpiranja delniškega kapitala družbe Stadtwerke Brixen AG ali pa sme občina še naprej ostati edina delničarka. Občina Brixen se glede tega sklicuje na člen 2362 italijanskega civilnega zakonika (Codice civile, v različici decreto legislativo št. 6 predsednika republike z dne 17. januarja 2003, objavljen v GURI št. 17 z dne 22. januarja 2003, Ordentliches Beiblatt št. 8), v skladu s katerim imajo lahko v Italiji delniške družbe tudi enega samega delničarja.

47 – V tem primeru je bilo glede parkirišča na parceli 491/6 dogovorjeno trajanje devet let; glej točko 14 teh sklepnih predlogov.

48 – Sodba Stadt Halle (navedena v opombi 4, točka 51).

pred prenosom deleža v družbi nanjo. Pri udeležbi zasebne tretje osebe v javnem podjetju namreč temeljne svoboščine⁴⁹ zahtevajo upoštevanje prepovedi diskriminacije in obveznosti glede preglednosti, zlasti zagotavljanje ustrezne stopnje javnosti.⁵⁰

62. Iz zgornjih razlogov zgolj zaradi zakonske obveznosti odpiranja kapitala družbe za udeležbo tretjih oseb v določenem roku še ni mogoče izključiti tega, da naročnik nad to družbo izvaja podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami.

iii) Pooblastilo organov delniške družbe za samostojno vodenje tekočih poslov

63. Dvomi o obstoju podobnega nadzora, kot je tisti, ki ga naročnik izvaja nad svojimi službami, pa lahko ne glede na deleže izhajajo tudi iz dejstva, da gre pri podjetju, kakršno je Stadtwerke Brixen AG, za delniško družbo, katereorgani smejo tekoče posle

voditi večinoma samostojno.⁵¹ Teh dvomov niso izrazile samo družba Parking Brixen GmbH, avstrijska vlada in Komisija, temveč tudi predložiteljeno sodišče.

64. V zvezi s tem bi bilo treba razlikovati med zunanjimi razmerji javnega podjetja do drugih akterjev na trgu in njegovim notranjim razmerjem do občine.

65. Obsežna pooblastila organov javnega podjetja v zunanjih razmerjih nikakor ne izključujejo tega, da občina nad tem podjetjem izvaja podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojo službo. Tovrstna pooblastila v zunanjih razmerjih so navadno dejansko nujna, da bi zagotovili opravljalno sposobnost podjetja, ne bi ovirali vodenje tekočih poslov in bi ne nazadnje varovali tudi interese tretjih oseb.⁵² Celo v upravi nikakor ni nenavadno, da imajo posamezni uradniki, denimo župan občine, vodja okrožnega sveta (Landrat) okrožja ali vodje državnih organov, razmeroma daljnosežna pooblastila za zastopanje zadevne oblasti navzven.

51 — Kot poudarja predložiteljeno sodišče v drugem vprašanju, ima upravni odbor Stadtwerke Brixen AG „na voljo vsa najširša pooblastila rednega upravljanja [...] do vrednosti 5.000.000,00 EUR na posel“.

52 — Glej člen 9 in drugo uvodno izjavo Prve direktive Sveta št. 68/151 EGS z dne 9. marca 1968 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim odstavkom člena 58 Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti (68/151/EGS) (UL L 65, str. 8, v nadaljevanju: Direktiva 68/151).

49 — Svoboda ustanavljanja (člen 43 ES) oziroma prosti pretok kapitala (člen 56(1) ES).

50 — V zvezi s tem glej točke od 35 do 39 teh sklepnih predlogov.

66. Večjega pomena za vprašanje nadzora, ki nas zanima na tem mestu, je torej notranje razmerje med občino in podjetjem, kakršno je Stadtwerke Brixen AG. V zvezi s tem predložitveno sodišče meni, da ima Stadtwerke Brixen AG v primerjavi s svojim pravnim predhodnikom, to je svojim podjetjem Stadtwerke Brixen, bistveno večjo avtonomijo. Medtem ko je bilo namreč namensko podjetje pod neposrednim nadzorom in vplivom občinskega sveta, ima občina v odnosu do delniške družbe na voljo zgolj sredstva, ki jih določa pravo družb. Podobne utemeljitve navajata Komisija in Parking Brixen GmbH.

67. Za nadzor javnega telesa nad njegovimi službami so s pravnega stališča značilni zlasti pravice dajanja navodil in nadzorna pooblastila. Znotraj posameznega organa ima denimo njegovo vodstvo navadno pravico dajanja navodil službam v svoji pristojnosti. V odnosu do podrejenih organov ima navadno prav tako pravico dajanja navodil ali skladno z nadzornimi pooblastili vsaj možnost preverjanja in popravljanja odločitev.

68. V odnosu do vodstvenih teles javnih podjetij, vsaj kadar so ta organizirana kot delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo, bi morale biti tovrstne pravice dajanja navodil ali nadzorna pooblastila izjema. Če bi torej zahtevali, naj ima javnopravni delničar v odnosu do poslovnega partnerja enake pravne možnosti vplivanja

kot v odnosu do svojih služb, bi bilo glede kapitalskih družb, ustanovljenih skladno z zasebnim pravom, prvo merilo Teckal komajda mogoče izpolniti. V takem primeru bi morali naročniki pred sklepanjem pogodb s svojimi hčerinskimi družbami, organiziranimi kot delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo, vselej, celo kot njihov edini delničar, spoštovati pravila prava javnih naročil in bi morali izvajanje nalog morda oddati zasebnim tretjim osebam, ki bi oddale boljše ponudbe. V takih okoliščinah bi že zgolj prenos nalog na take družbe, in to tudi na tako občutljivih področjih, kot je oskrba z vodo, končno pomenil isto kot prisilni vstop v privatizacijo teh nalog.

69. V nekaterih primerih je sicer preoblikovanje lastnih podjetij v delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo dejansko lahko mišljeno kot prvi korak k privatizaciji zadevnih nalog. Vendar pa ni nujno tako. Prav tako gre lahko samo za notranji ukrep reorganizacije, namenjen denimo učinkovitejšemu, stroškovno ugodnejšemu opravljanju storitev ter prožnejšim oblikam dela za zaposlene, ne da bi zadevno telo pri tem nujno želelo oddati tudi izvajanje nalog. Poleg tega lahko izbira pravne oblike delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo zaradi veljavnih računovodskih pred-

pisov vodi tudi v dobrodošlo izboljšanje preglednosti.⁵³

70. Če pa bi pravila prava javnih naročil uporabljali tudi za pravne posle med naročniki in njihovimi stoddotnimi hčerinskimi družbami, zasebne pravne oblike delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo ne bi bilo več mogoče uporabljati za namene zgolj notranje reorganizacije. Zadevnemu telesu bi tedaj v bistvu preostala samo še izbira med privatizacijo nalog⁵⁴ in notranjim izvajanjem nalog prek upravnih služb ali lastnih podjetij, ki so vpeta v upravno hierarhijo in nimajo nobene omembe vredne samostojnosti. Obstoječe hčerinske družbe bi bilo mogoče z vzvratno potezo celo znova preoblikovati v lastna podjetja.

71. Tako obsežen poseg v organizacijsko suverenost držav članic in zlasti v samo-

53 — Glej zlasti člen 2 in naslednje Direktive 68/151 ter člena 2 in 47 Četrte direktive Sveta z dne 25. julija 1978 o letnih računovodskih izkazih posameznih vrst družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe (78/660/EGS) (UL L 222, str. 11).

54 — Podjetje v obliki delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo, ki ga nadzoruje javno telo, bi se moralo v nekaterih okoliščinah potegovati za zadevno naročilo ali koncesijo kot eden izmed več mogočih ponudnikov.

upravo številnih občin⁵⁵ pa bi bil – tudi z vidika funkcije, ki jo ima pravo javnih naročil pri odpiranju trga – povsem nepotreben. Cilj prava javnih naročil je namreč zagotoviti pregleden in nediskriminacijski izbor pogodbenikov vsepovsod tam, kjer se je javno telo odločilo, da bo nekatere naloge izvajalo s pomočjo tretjih oseb. Nasprotno pa ni smisel in namen prava javnih naročil, da bi „skozi zadnja vrata“ pripeljalo privatizacijo tudi takih javnih nalog, ki bi jih javno telo želelo še naprej izvajati z lastnimi sredstvi,⁵⁶ za to bi bili potrebni dosti konkretniji ukrepi zakonodajalca v smeri liberalizacije.⁵⁷

72. Sodna praksa v primeru Teckal s formulacijo „podoben nadzor, kot“⁵⁸ tako ali tako

55 — Kot oporna točka v zvezi s tem lahko velja Evropska listina lokalne samouprave z dne 15. oktobra 1985 (STE št. 122), ki jo je večina držav članic ratificirala v okviru Sveta Evrope. V členu 6(1) Evropske listine lokalne samouprave je določeno, da lahko lokalne oblasti „določijo svoje upravne strukture zaradi prilagoditve krajevnim potrebam in zagotovitve učinkovitega upravljanja“. Pomen lokalne samouprave je poleg tega poudarjen tudi z izrecno omembo v členu I-5(1) Pogodbe o Ustavi za Evropo (podpisane v Rimu 29. oktobra 2004, UL C 310, str. 1).

56 — V zvezi s tem glej tudi točko 42 teh sklepnih predlogov.

57 — V zvezi s tem naj spomnimo denimo na ukrepe liberalizacije v telekomunikacijskem sektorju, glej nazadnje Direktivo Komisije 2002/77/ES z dne 16. septembra 2002 o konkurenci na trgih za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL L 249, str. 1). Glej tudi spremenjeni Predlog uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o ukrepanju držav članic glede zahtev javnih storitev in dodelitve koncesij javnih storitev v železniškem in cestnem potniškem prometu in prometu po celinskih plovnih poteh (COM[2002] 107 konč., UL 2002, C 151 E, str. 146).

58 — Moj poudarek. Drugače kot v večini jezikovnih različic sodbe Teckal je v nemški različici tam manjkala še beseda „podoben“. To neujemanje je bilo odpravljeno v sodbi Stadt Halle.

kaže, da ni nujno, da so možnosti vplivanja na svoje službe in javna podjetja enake. Pri odločanju o tem, ali je podjetje podobno upravni službi ali drugim akterjem na trgu, ni odločilno to, ali ima javno telo s formalnega stališča enake pravne možnosti vplivanja kot v odnosu do svojih služb, denimo pravico dajanja navodil v posameznem primeru. Odločilno je namreč to, ali lahko naročnik v tem podjetju dejansko kadar koli v celoti uveljavlja cilje v javnem interesu. Le kadar je podjetje v resnici toliko osamosvojeno (avtonomno),⁵⁹ da naročnik znotraj njega ne more več v celoti uveljavljati svojih interesov, zanj ne moremo več reči, da izvaja podoben nadzor, kot je tisti, ki ga izvaja nad svojimi službami.

73. Osredotočenost na interese je še posebej očitna v sodbi Stadt Halle⁶⁰, v kateri se pri razlagi prvega merila Teckal odločilno sklicujejo na uresničevanje ciljev v javnem interesu. V smislu sodbe Stadt Halle potreba po uveljavljanju javnih interesov narekuje,

59 — V sodbi Teckal (navedeni v opombi 2, točka 51) je v zvezi s tem mogoče najti pojem *lastna pristojnost odločanja* v odnosu do naročnika (v francoski jezikovni različici je uporabljen pridevnik *autonome*, v italijansčini, ki je jezik postopka, pa pridevnik *autonomo*).

60 — Sodba Stadt Halle (navedena v opombi 4, točka 50).

katere možnosti vplivanja javno telo v odnosu do svojih služb dejansko potrebuje.⁶¹

74. Kar zadeva te dejanske možnosti vplivanja, se smiselno uporablja, kar je navedeno v točki 53 teh sklepnih predlogov: če je zasebna tretja oseba udeležena v podjetju, pa čeprav le z manjšinskim deležem, lahko upoštevanje njenih ekonomskih interesov preprečuje javnemu telesu polno uveljavljanje njegovih ciljev v javnem interesu, čeprav je to s čisto pravnega stališča mogoče. Če pa je naročnik edini delničar v svoji hčerinski družbi, lahko njegove interese in interese hčerinske družbe navadno štejemo za bistveno enake, celo če je hčerinska družba organizirana kot delniška družba ali družba z omejeno odgovornostjo. Edinemu delničarju še zlasti pripada celotni ustvarjeni dobiček in lahko sam odloča o njegovi uporabi.

75. Če pa ekonomskih interesov zasebnih tretjih oseb ni treba upoštevati, ker je javno telo imetnik 100 % poslovnih deležev, je mogoče zadostno zagotoviti uveljavljanje javnih interesov v družbi tudi brez pravice dajanja navodil v tehničnem smislu že s sredstvi, ki so določena s pravom družb, in zlasti s prisotnostjo zastopnikov v organih

61 — Besedilo v sodbi Stadt Halle (navedeni v opombi 4, točka 50) se glasi takole: „[R]azmerje med javnim organom, ki je naročnik, in njegovimi službami [je] urejeno na način in na podlagi zahtev, ki so lastne uresničevanju ciljev v javnem interesu.“

družbe, ki jih je imenovalo izključno javno telo. Zdi se kar najbolj neverjetno, da bi ti organi, za katere je poleg tega značilna tudi tesna osebna povezanost z javnim telesom, pri vsakodnevem vodenju poslov tako zelo odstopali od predstav regionalne ali lokalne oblasti, ki jih je delegirala, da bi preprečevali zasledovanje ciljev v javnem interesu. Zadevni predstavniki bi se morali poleg tega bati tudi, da bodo v prihodnje odpoklicani oziroma da vsaj ne bodo znova imenovani.

76. Že samo iz okoliščine, da gre pri družbi, kakršna je Stadtwerke Brixen AG, za delniško družbo, katere organi imajo daljnosežna pooblastila v vsakodnevem vodenju poslov, nikakor ni mogoče sklepati, da je ta družba v odnosu do svojih javnopravnih delničarjev avtonomna in da ti nad njo ne izvajajo več nadzora, kot je tisti, ki ga izvajajo nad svojimi službami.

b) Drugo merilo Teckal: opravljanje pretežnega dela dejavnosti poslovnega partnerja za svojega ali svoje javnopravne delničarje

77. V skladu z drugim merilom Teckal se za izenačitev z notranjim poslom poleg tega predpostavlja, da poslovni partner naročnika

glavni del svojih dejavnosti opravlja za enega ali več naročnikov, ki so njegovi delničarji.

78. Predložitevno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe navaja le iz določb statuta Stadtwerke Brixen AG. V skladu z njim stvarno področje delovanja te družbe sestavlja obsežen seznam dejavnosti, ki jih je v bistvu mogoče prištevati k storitvam splošnega pomena, pri čemer je mogoče te dejavnosti opravljati na lokalni, nacionalni in mednarodni ravni.⁶²

79. Sporočilnost tovrstnih statutarnih določb pa je majhna. Kajti po eni strani je zanje neredko značilna široka formulacija, ki naj ne bi nujno zajemala le trenutnih, temveč tudi mogoče prihodnje dejavnosti družbe. Po drugi strani pa se celo na omejitve področja dejavnosti delniške družbe, ki jih vsebuje statut, ni mogoče sklicevati proti tretjim osebam⁶³ – s statutom delničarji družbe samo v notranjem razmerju oblikujejo okvir, znotraj katerega smejo potekati njene dejavnosti.

80. Če bi torej imeli za merodajno čisto pravno (skladno z zakonom in statutom) dopustne, praviloma razmeroma široke okvi-

62 – V zvezi s tem v podrobnostih glej točko 19 teh sklepnih predlogov.

63 – Člen 9(1) in (2) Direktive 68/151.

re dejavnosti delniške družbe ali tudi družbe z omejeno odgovornostjo, bi bilo praktično izključeno, da bi taka podjetja izpolnjevala drugo merilo iz sodbe Teckal. V takih okoliščinah bi morali naročniki vselej upoštevati pravila prava javnih naročil pred sklenitvijo pogodb s hčerinskimi družbami, če bi bile te organizirane kot delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo. To bi izbiro pravne oblike delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo naredilo izrazito manj privlačno⁶⁴. Tako obsežen poseg v organizacijsko pristojnost držav članic in zlasti v samoupravo številnih občin pa bi bil s stališča funkcije, ki jo ima pravo javnih naročil pri odpiranju trga, nepotreben.

81. Dovolj se je ravnati po dejanskih dejavnostih posameznega podjetja.⁶⁵ Kajti ne glede na pravno organizacijsko obliko podjetja so njegove dejanske dejavnosti najboljše kazalec tega, ali to podjetje na trgu deluje kot druga podjetja ali pa je tako močno prepleteno z javnim telesom, da je mogoče pogodbe med njim in naročnikom izenačiti z notranjimi posli in da zato upravičujejo izjemo od pravil prava javnih naročil.

64 — V zvezi s tem glej tudi točke od 68 do 71 teh sklepnih predlogov.

65 — Tudi generalna pravobranilka C. Stix-Hackl poudarja v točki 83 sklepnih predlogov v zadevi Stadt Halle (navedeni v opombi 3), da so pomembne dejanske dejavnosti, ne pa mogoče dejavnosti v skladu z zakonom ali statutom podjetja.

82. V zvezi s tem je treba pripomniti, da je izjema od pravil prava javnih naročil po drugem merilu iz sodbe Teckal mogoča že, ko zadevno podjetje glavni del svojih dejavnosti opravlja za enega ali več naročnikov, ki so njegovi delničarji. Morebitna dejavnost za tretje osebe je torej neškodljiva, če ima zgolj podrejeni pomen.

83. Da bi presodili o tem, je treba, kot smo navedli že uvodoma, celovito ovrednotiti vse okoliščine posameznega primera. Če naj bi transakcija veljala za notranji posel, mora poslovni partner naročnika največji del dejavnosti tako količinsko kot tudi kakovostno opravljati za enega ali več naročnikov, ki so njegovi delničarji.⁶⁶ Prva oporna točka v zvezi s tem je torej lahko delež prometa, ki ga to podjetje ustvari z naročili svojih javno-pravnih delničarjev. Če ima podjetje – kot je denimo Stadtwerke Brixen AG – številna področja delovanja, je treba upoštevati tudi to, na koliko od teh poslovnih področij podjetje v glavnem deluje za svoje javno-

66 — Tako tudi generalna pravobranilka C. Stix-Hackl v točki 89 sklepnih predlogov v zadevi Stadt Halle (navedeni v opombi 3).

pravne delničarje in kolikšno težo ima za podjetje vsako poslovno področje.⁶⁷ c) Vmesni sklep

86. Če strnemo, torej velja:

84. Poglobljeno bi bilo treba preučiti tudi geografski obseg dejavnosti podjetij, kot je Stadtwerke Brixen AG. Kajti zgolj okoliščina, da občinsko javno podjetje je ali bi bilo lahko dejavno onkraj meja občine, ne izključuje nujno tega, da največji del dejavnosti opravi za to občino. Bolje bi bilo preveriti, kakšno vrednost v količinskem in kakovostnem pogledu ima morebitna dejavnost podjetja zunaj meja občine v primerjavi z dejavnostjo, ki jo opravi za svojega ali svoje javnopravne delničarje.

Če občina brez predhodne izvedbe postopka oddaje odda upravljanje javnega odplačnega parkirišča delniški družbi, katere edina delničarka je, s tem ne krši členov 43 ES, 49 ES in 86 ES, če občina nad to delniško družbo izvaja podoben nadzor, kot je nadzor, ki ga izvaja nad svojimi službami, in ta delniška družba največji del dejavnosti opravi za občino.

85. Zgolj okoliščina, da je področje delovanja delniške družbe, kakršna je Stadtwerke Brixen AG, v stvarnem pogledu široko in v geografskem pogledu dovoljuje tudi delovanje onkraj meja občine, nikakor ne izključuje tega, da ta delniška družba največji del dejavnosti dejansko opravi za občino, ki je njen delničar.

Izvajanje podobnega nadzora, kot je nadzor, ki ga izvaja nad svojimi službami, ni izključeno že samo zato, ker je občina zakonsko zavezana k temu, da kapital te delniške družbe v določenem roku v prihodnosti odpre za udeležbo tretjih oseb, ali ker imajo organi te delniške družbe daljnosežna pooblastila pri vsakdanjem poslovanju.

Glavna dejavnost za občino ni izključena že zato, ker je v skladu s statutom te delniške družbe njeno možno področje delovanja v stvarnem in geografskem pogledu široko; odločilnejše so namreč dejansko izvajane dejavnosti.

67 – V primeru, kakršen je ta, bi bilo treba denimo tudi preveriti, kakšno vrednost imajo za dejavnost podjetja nova delovna področja, ki so Stadtwerke Brixen AG v statutu dodeljena poleg tistih, ki jih je imelo nekdane posebno podjetje (namreč informatika in telekomunikacije), in po čigavem pooblastilu podjetje te dejavnosti opravlja.

VI – Predlog

87. Glede na zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, odgovori:

1. Primer, v katerem naročnik poveri podjetniku upravljanje javnega parkirišča, ta podjetnik pa sme za uporabo parkirišča zaračunati plačilo in se v zameno zaveže k plačevanju letnega nadomestila naročniku, ne pomeni javnega naročila storitev v smislu Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, temveč koncesijo za storitev, ki je ta direktiva ne zajema.
2. Če občina brez predhodne izvedbe postopka oddaje odda upravljanje javnega odplačnega parkirišča delniški družbi, katere edina delničarka je, s tem ne krši členov 43 ES, 49 ES in 86 ES, če nad to delniško družbo izvaja podoben nadzor, kot je nadzor, ki ga izvaja nad svojimi službami, in ta delniška družba glavni del dejavnosti opravi za občino.

Izvajanje podobnega nadzora, kot je nadzor, ki ga izvaja nad svojimi službami, ni izključeno že samo zato, ker je občina zakonsko zavezana k temu, da kapital te delniške družbe v določenem roku v prihodnosti odpre za udeležbo tretjih oseb, ali ker imajo organi te delniške družbe daljnosežna pooblastila pri vsakdanjem poslovanju.

Glavna dejavnost za občino ni izključena že zato, ker je v skladu s statutom te delniške družbe njeno možno področje delovanja v stvarnem in geografskem pogledu široko; odločilnejše so namreč dejansko opravljene dejavnosti.