

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

JÁNA MAZÁKA,

predstavljeni 19. februarja 2009<sup>1</sup>

**I – Uvod**

1. Komisija Evropskih skupnosti s to tožbo, vloženo na podlagi člena 226 ES, Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti, ki jih ima na podlagi določb člena 8 v povezavi z določbami naslovov od III do VI Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev<sup>2</sup>, ker so Landkreise (upravna okrožja) Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. in Stade sklenila pogodbo o odstranjevanju odpadkov neposredno s službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg in ker to naročilo storitev ni bilo predmet javnega razpisa na podlagi odprtega ali omejenega razpisnega postopka na ravni Skupnosti.

ukrep, ki koristi tako ponudniku kot prejemniku storitev.

3. V obravnavanem primeru so prejemniki storitve odstranjevanja odpadkov štiri upravna okrožja. V resnici pa jih je mnogo več. Upravna okrožja so namreč samo posredniki za svoje prebivalce, ki so končni prejemniki te storitve. Koristno se mi zdi opozoriti, da bi bili – če bi se izkazalo, da je bil ponudnik storitev izbran v nasprotju z zahtevami prava Skupnosti – najbolj prizadeti interesi teh prebivalcev.

2. Pravila o postopkih za oddajo javnih naročil storitev, uvedena z Direktivo 92/50, so eden od ukrepov za vzpostavitev notranjega trga, ker prispevajo k odpravi ovir za prosti pretok storitev. Ni sporno, da je to

**II – Pravni okvir**

4. V skladu s členom 1(a) Direktive 92/50 so „javna naročila storitev“ pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom, razen pogodb, naštetih v točkah od (i) do (ix) te določbe.

1 – Jezik izvornika: francoščina.

2 – UL L 209, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 92/50.

5. V skladu s členom 1(b) Direktive 92/50: [...]“

„naročniki pomeni[jo] 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. Telo, za katero velja javno pravo, pomeni vsako telo:

– ustanovljeno za poseben namen zadovoljevanja potreb v splošno korist, ki ni industrijskega ali komercialnega značaja, in

– je pravna oseba ter

– ga večidel financira država ali regionalne ali lokalne oblasti, ali druga telesa, za katera velja javno pravo ali pa je njihovo vodenje pod nadzorom teh teles, ali pa imajo upravni, vodstveni ali nadzorni svet, v katerega imenuje več kot polovico članov država, regionalne ali lokalne oblasti, organi ali druga telesa, za katera velja javno pravo.

6. V skladu s členom 1(c) Direktive 92/50 „ponudnik storitve“ pomeni vsako fizično ali pravno osebo, vključno z javnim telesom, ki ponuja storitve.

7. V skladu s členom 8 Direktive 92/50 se naročila, katerih predmet so storitve, našteje v Prilogi I A, oddajajo v skladu z določbami iz naslovov od III do VI te direktive. V Prilogi I A se kategorija 16 nanaša na „Storitve pri ravnanju z odpadnimi vodami in odpadki: sanitarne in podobne storitve“.

8. Iz strukture člena 11 Direktive 92/50 jasno izhaja, da naročniki svoja naročila storitev oddajo na podlagi odprtega ali omejenega postopka, razen v primerih iz odstavkov 2 in 3 istega člena, v katerih lahko naročniki javna naročila storitev oddajo bodisi po postopku s pogajanjem s predhodno objavo obvestila o naročilu (primeri iz odstavka 2) bodisi po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu (primeri iz odstavka 3).

9. V skladu s členom 11(3)(b) Direktive 92/50 lahko naročniki javna naročila storitev oddajo po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, če iz tehničnih ali umetniških razlogov ali iz razlogov, povezanih z zaščito izključnih pravic, lahko storitve zagotovi le določen izvajalec storitev.

13. Sporna pogodba je bila sklenjena 18. decembra 1995 neposredno brez odprtega ali omejenega razpisnega postopka na ravni Skupnosti. Iz preambule pogodbe izhaja, da so službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg z dopisom z dne 30. novembra 1994 ponudile okrožjem delno zmogljivost 120.000 ton/leto od skupne letne zmogljivosti sežigalnice odpadkov v Rugenberger Dammu (v nadaljevanju: sežigalnica v Rugenberger Dammu) in da so okrožja z dopisom z dne 6. januarja 1995 to ponudbo sprejela.

### III – Dejansko stanje

10. Tožba Komisije se nanaša na pogodbo, sklenjeno med upravnimi okrožji Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. in Stade (v nadaljevanju: okrožja) na eni strani ter službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg na drugi (v nadaljevanju: sporna pogodba).

11. Okrožja in službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg so organi javnega prava, odgovorni za odstranjevanje odpadkov.

12. Dežela Spodnja Saška, v katero spadajo okrožja, dežela Schleswig-Holstein ter svobodno in hanzeatsko mesto Hamburg sestavljajo metropolitansko območje Hamburg.

14. Službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg so se v sporni pogodbi obvezale, da bodo okrožjem dale na razpolago zmogljivost 120.000 ton/leto za sežiganje odpadkov v sežigalnici v Rugenberger Dammu, okrožja pa so se obvezala, da bodo službam za odvoz odpadkov mesta Hamburg plačala letno nadomestilo, sestavljeno iz fiksnega dela in dela, odvisnega od dobavljene količine.

15. Predvideno trajanje sporne pogodbe je bilo dvajset let od 15. aprila 1999, ker je bila sežigalnica v Rugenberger Dammu ob sklenitvi pogodbe še v fazi načrtovanja.

**IV – Predhodni postopek in postopek pred Sodiščem**

16. Komisija se je za ukrepanje odločila po pritožbi državljana, ki je menil, da plačuje previsoke pristojbine za ravnanje z odpadki.

17. Komisija, ki je menila, da bi Zvezna republika Nemčija, s tem da je brez razpisnega postopka in oddaje na ravni Skupnosti neposredno sklenila pogodbo za odstranjevanje odpadkov, katere pogodbene stranke so bili okrožja in službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg, lahko kršila določbe člena 8 v povezavi z določbami naslovov od III do VI Direktive 92/50, je 30. marca 2004 v skladu s členom 226 ES Zvezni republiki Nemčiji poslala pisni opomin.

18. Zvezna republika Nemčija je odgovorila z dopisom 30. junija 2004. Po njenem mnenju je sporna pogodba sporazum o skupnem izvajanju naloge javne službe, za katero so odgovorna upravna okrožja in mesto Hamburg, in da gre torej za sodelovanje na lokalni ravni.

19. Ker Komisija z navedbami Zvezne republike Nemčije ni bila zadovoljna, ji je

22. decembra 2004 poslala obrazloženo mnenje, v katerem je ugotovila, da zadevna pogodba spada na področje uporabe Direktive 92/50 in da je bila torej z neposredno sklenitvijo pogodbe med okrožji in službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg ta direktiva kršena.

20. Komisija je kljub trditvam Zvezne republike Nemčije v odgovoru na obrazloženo mnenje z dne 25. aprila 2005 vložila to tožbo, s katero Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti, ki jih ima na podlagi določb člena 8 v povezavi z določbami naslovov od III do VI Direktive 92/50, in Zvezni republiki Nemčiji naloži plačilo stroškov postopka.

21. Zvezna republika Nemčija na podlagi trditev v odgovoru na tožbo in dupliki Sodišču predlaga, naj tožbo zavrne in tožeci stranki naloži plačilo stroškov.

22. S sklepom predsednika Sodišča z dne 14. junija 2007 je bila Kraljevini Nizozemski in Republiki Finski dovoljena intervencija v tej

zadevi v podporo predlogom Zvezne republike Nemčije. Vendar Republika Finska ni vložila intervencijske vloge.

skleniti samo - če je to potrebno - po odprtem ali omejenem postopku v smislu člena 11(4) Direktive 92/50.

23. Zvezna republika Nemčija je predlagala obravnavo. Ta je bila 11. novembra 2008 v navzočnosti njenih zastopnikov in Komisije.

25. Predlagam preučitev utemeljenosti očitka Komisije s stališča trditev Zvezne republike Nemčije, s katerimi ne izpodbija, da sporna pogodba ni bila predmet javnega razpisa, ampak namerava dokazati, da okrožja niso bila dolžna objaviti javnega razpisa za sklenitev sporne pogodbe, in to iz štirih razlogov.

## V – Presoja

24. Komisija v tožbi izhaja iz predpostavke, da so okrožja naročniki v smislu člena 1(b) Direktive 92/50, da so službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg ponudniki storitev v smislu člena 1(c) Direktive 92/50 in da je sporna pogodba, sklenjena med okrožji na eni strani in službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg na drugi, javno naročilo storitev v smislu člena 1(a) Direktive 92/50. Glede na to, da je predmet pogodbe storitev, ki je navedena v Prilogi I A k Direktivi 92/50, in to ni eden od primerov, v katerem bi bila upravičena oddaja tega naročila po postopku s pogajanjem s predhodno objavo obvestila o naročilu (člen 11(2) Direktive 92/50) ali po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu (člen 11(3) Direktive 92/50), bi bilo sporno pogodbo mogoče

26. Prvič, sporna pogodba naj bi bila izraz sodelovanja med državnimi organi in naj bi se torej nanašala samo na notranje odnose v državni organizaciji pri izpolnjevanju javnih nalog. Iz tega naj bi sledilo, da ne spada pod Direktivo 92/50. Drugič, sporna pogodba naj ne bi bila naročilo v smislu člena 1(a) navedene direktive. Tretjič, čeprav bi bilo treba sporno pogodbo opredeliti kot naročilo v smislu Direktive 92/50, naj bi obstajal tehnični razlog v smislu člena 11(3) (b) te direktive, zaradi katerega naj bi bilo pogodbo mogoče skleniti po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu. Četrto, na podlagi člena 86(2) ES naj ne bi bilo nujno izvesti odprtega ali omejenega postopka, ker bi ta okrožjem in službam za odvoz odpadkov mesta Hamburg preprečil izpolnjevanje njihove naloge.

## A – Področje uporabe Direktive 92/50

27. Zvezna republika Nemčija v svojo obrambo trdi, da je sporna pogodba transakcija znotraj države, ta pa praviloma ne spada na področje uporabe Direktive 92/50. Tako kot nizozemska vlada meni, da se ta direktiva nanaša na dodelitev naročil podjetjem in se uporablja samo, kadar se država odloči, da ne želi sama opravljati naloge, ampak hoče ustrezno storitev naročiti na trgu.

28. V zvezi s tem je treba opozoriti na odločitev Sodišča, da se direktive s področja oddaje javnih naročil<sup>3</sup> na splošno uporabljajo, kadar naročnik namerava skleniti odplačno pogodbo s subjektom, ki je pravno ločen od njega, ne glede na to, ali je ta subjekt tudi sam naročnik ali ne.<sup>4</sup> Ta direktiva se uporablja tudi, če je pogodba sklenjena za izpolnjevanje naloge za zadovoljevanje potreb v splošnem interesu ali brez povezave s to nalogo.<sup>5</sup>

3 – To so Direktiva 92/50, Direktiva Sveta 93/36/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov oddaje javnih naročil blaga (UL L 199, str. 1) in Direktiva Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54). Te tri ločene direktive so bile razveljavljene in nadomeščene 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).

4 – Glej sodbi z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točki 50 in 51) ter z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 47).

5 – Glej v tem smislu sodbi z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, Recueil, str. I-73, točka 32) ter Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 4, točka 26).

29. Vendar je po mnenju Sodišča mogoče odstopanje od tega splošnega pravila. Direktive s področja oddaje javnih naročil se ne uporabljajo, čeprav je sopogodbenu subjekt, ki je pravno ločen od naročnika, če sta izpolnjena dva pogoja. Po eni strani mora javni organ, ki je naročnik, nad zadevnim ločenim subjektom izvajati nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, po drugi strani pa mora ta subjekt večji del svoje dejavnosti opravljati z enim ali več javnimi organi, ki so v njem udeleženi.<sup>6</sup>

30. Poleg tega je Sodišče na podlagi tega odstopanja menilo, da je s področja uporabe direktiv o oddaji javnih naročil nemogoče *a priori* izključiti odnose, vzpostavljene med institucijami javnega prava, ne glede na naravo teh odnosov.<sup>7</sup>

31. V obravnavanem primeru je očitno, da je, kot navaja Zvezna republika Nemčija, sporna pogodba sredstvo sodelovanja med državnimi

6 – Glej sodbo Teckal (navedena v opombi 4, točka 50); sodbo z dne 8. aprila 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-337/05, ZOdl., str. I-2173, točka 36) in v njej navedene sodbe ter sodbo z dne 17. julija 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-371/05, točka 22).

7 – Glej v tem smislu sodbo z dne 13. januarja 2005 v zadevi Komisija proti Španiji (C-84/03, ZOdl., str. I-139, točka 40).

organi. Vseeno pa to, da sporna pogodba ne spada na področje uporabe Direktive 92/50, ne izhaja samo iz tega dejstva. Nasprotna ugotovitev bi bila mogoča samo, če bi bilo dokazano, da sta izpolnjena pogoja, ki sta bila prvič določena v sodbi Teckal.

32. Kot pravilno poudarja Zvezna republika Nemčija, obstaja še ena možnost za javni organ, ki spada pod pojem „naročnik“ v smislu člena 1(b) Direktive 92/50, da se izogne uporabi te direktive. To so primeri, v katerih javni organ izpolnjuje naloge v javnem interesu, ki so mu dodeljene, z lastnimi upravnimi, tehničnimi in drugimi sredstvi, ne da bi mu bilo treba v to vključiti zunanje subjekte, ki niso del njegovih služb. Glede na to, da v takem primeru ne gre za odplačno pogodbo, sklenjeno s subjektom, ki je pravno ločen od naročnika, ni treba uporabiti pravil Skupnosti s področja javnih naročil.<sup>8</sup>

33. To pomeni, da se javnim organom pri izpolnjevanju nalog v javnem interesu ni treba obrniti na trg, da bi zagotovili opravljanje storitve. Imajo možnost izbire med uporabo lastnih sredstev (v tem primeru se Direktiva 92/50 ne uporablja) ali tem, da se obrnejo na trg.

34. V zvezi s tem se ne strinjam z mnenjem Zvezne republike Nemčije, da je bilo sodelovanje med državnima subjektoma v obravnavanem primeru mogoče šteti za uporabo lastnih sredstev naročnika. Služb za odvoz odpadkov mesta Hamburg ni mogoče šteti za lastna sredstva zadevnih okrožij, ki so naročniki.

*B – Javna naročila storitev v smislu člena 1 (a) Direktive 92/50*

35. Zvezna republika Nemčija meni, da sporna pogodba ni javno naročilo storitev v smislu člena 1(a) Direktive 92/50, in to iz treh razlogov.<sup>9</sup> Prvič, pogodba naj bi bila notranji ukrep širšega sodelovanja med državnimi organi na metropolitanskem območju Hamburg. Drugič, glede na pogodbo naj službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg ne bi bile ponudnice storitev, ampak naj bi nasprotno kot organ javnega prava, odgovoren za odstranjevanje odpadkov, ponujale pravno pomoč okrožjem, ki naj bi bila prav tako zadolžena za odstranjevanje odpadkov. Tretjič, pogodba naj bi glede na vsebino presegala običajno naročilo storitev.

<sup>8</sup> – Glej sodbo Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 4, točka 48).

<sup>9</sup> – Natančneje, Nemčija navaja štiri razloge, vendar sta po mojem mnenju trditve v zvezi z obstojem „notranjega ukrepa“ in trditve v zvezi z „elementom širšega sodelovanja“ tesno povezani.

36. Menim, da se s temi trditvami ne more ovreči ugotovitve, da je pogodba, sklenjena med štirimi okrožji na eni strani in službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg na drugi, javno naročilo storitev v smislu člena 1(a) Direktive 92/50.

37. Iz sodne prakse Sodišča izhaja, da obstoj pogodbe v smislu člena 1(a) Direktive 93/36 predpostavlja obstoj sporazuma med dvema različnima osebama.<sup>10</sup>

38. V obravnavanem primeru je ta pogoj izpolnjen. Poleg tega predmet sporne pogodbe, to je sežiganje odpadkov, spada med storitve, na katere se nanaša kategorija 16 iz Priloge I A k Direktivi 92/50.

39. Ker služb za odvoz odpadkov mesta Hamburg ni mogoče šteti za lastna sredstva okrožij<sup>11</sup>, bi bilo uporabo Direktive 92/50 mogoče izključiti samo, če bi bila izpolnjena kumulativna pogoja za uporabo odstopanja, ki sem ju navedel v točki 29 teh sklepnih predlogov.

40. Tako je treba preučiti, ali okrožja izvajajo nad službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg nadzor, podoben tistemu, ki ga izvajajo nad svojimi službami, in ali službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg opravljajo večji del svoje dejavnosti z okrožji.

41. Sodišče se je moralo večkrat vprašati o pogoju „podobnega nadzora“. Iz sodne prakse izhaja, da je treba pri presoji, ali javni organ nad sopogodbениkom izvaja nadzor, podoben tistemu, ki ga izvaja nad svojimi službami, upoštevati ne samo vse zakonodajne določbe, ampak tudi ustrezne okoliščine obravnavanega primera. Iz te preučitve mora izhajati, da je subjekt, ki je izbrani ponudnik, podvržen nadzoru, ki naročniku omogoča, da vpliva na odločitve tega subjekta. Obstajati mora možnost odločilnega vplivanja na strateške cilje in pomembne odločitve tega subjekta.<sup>12</sup>

42. Zvezna republika Nemčija v zvezi s tem trdi, da je glede na to, da naj bi okrožja na ravni metropolitanskega območja Hamburg drugo nad drugim izvajala vzajemen nadzor, pogoj podobnega nadzora izpolnjen.

10 – Glej sodbo Teckal (navedena v opombi 4, točka 49) in sodbo z dne 11. maja 2006 v zadevi Carbotermo in Consorzio Alisei (C-340/04, ZOdl., str. I-4137, točka 32).

11 – Glej točko 34 teh sklepnih predlogov.

12 – Glej sodbe z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 65), Carbotermo in Consorzio Alisei (navedena v opombi 10, točka 36), z dne 17. julija 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (navedena v opombi 6, točka 24) in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Čoditel Brabant (C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 28).



43. V zvezi s tem je treba poudariti, da nič ne kaže, da so okrožja udeležena v službah za odvoz odpadkov mesta Hamburg in torej izvajajo nadzor nad njimi.

44. Poleg tega, kot Komisija pravilno poudarja, službe za odvoz odpadkov ne opravljajo svojih dejavnosti v korist okrožij na podlagi zakona ali drugih določb javnega prava, ampak na podlagi pogodbe. Sporna pogodba je edina pravna vez med okrožji in službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg, in ta pogodba okrožjem ne omogoča izvajanja nadzora.

45. Po mojem mnenju je splošno sklicevanje na skupne cilje očitno nezadostno, nadzor mora imeti konkretno podlago.

46. Načelo „vzajemnih uslug“, na katerem po navedbah Zvezne republike Nemčije temelji sodelovanje na metropolitanskem območju Hamburg, okrožjem kvečjemu omogoča izvajanje posrednega nadzora nad službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg.

47. Ker prvi pogoj za uporabo odstopanja po mojem mnenju ni izpolnjen, ni treba preučiti, ali je izpolnjen drugi. Vseeno opozarjam, da je odstranjevanje odpadkov samo del dejavnosti služb za odvoz odpadkov mesta Hamburg.

48. Glede na zgoraj navedeno ne vidim nobenega dejstva, na podlagi katerega bi bilo mogoče domnevati, da sporna pogodba ni javno naročilo storitev v smislu Direktive 92/50. To pomeni, da jo je bilo mogoče oddati samo v skladu z določbami navedene direktive.

*C – Postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu kot izjema od splošnega pravila za postopek oddaje javnega naročila*

49. Zvezna republika Nemčija v svojo obrambo še trdi, da so okrožja lahko sporno pogodbo sklenila samo s tistimi službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg, ki so imele na voljo zagotovljeno zemljišče za postavitve sežigalnice odpadkov. Dejstvo, da na metropolitanskem območju Hamburg ni bilo nobenega drugega zemljišča za gradnjo takih naprav in da obstoječe naprave niso imele razpoložljivih zmogljivosti, naj bi bil tehnični

razlog v smislu člena 11(3)(b) Direktive 92/50, ki naj bi upravičeval oddajo javnega naročila storitev po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu.

50. Iz strukture člena 11 Direktive 92/50 jasno izhaja, da je njegov odstavek 3 izjema od splošnega pravila, ki ga vsebuje odstavek 4 istega člena, v skladu s katerim naročniki svoja naročila storitev oddajo na podlagi odprtega ali omejenega postopka.

51. V zvezi s tem je treba opozoriti, da je treba člen 11(3) Direktive 92/50 kot odstopanje od pravil za zagotavljanje učinkovitosti pravic, ki so s Pogodbo ES priznane na področju javnih naročil storitev, razlagati strogo in da dokazno breme, da gre dejansko za izjemne okoliščine, ki upravičujejo odstopanje, nosi oseba, ki se namerava sklicevati na ta člen.<sup>13</sup>

52. Sodišče je moralo obstoj „tehničnih razlogov“ preučiti že v sodbi z dne 10. aprila 2003 v zadevi Komisija proti Nemčiji.<sup>14</sup> Sodišče je odločilo, da bi se pri presoji, ali je mogoče zadevno naročilo oddati samo določenemu ponudniku, morebiti lahko upošteval tehnični razlog v zvezi z varstvom okolja. Res je, da Sodišče v tej sodbi tehničnih razlogov ni izčrpno opredelilo, vendar jih je opredelilo negativno, tako da je navedlo dejstva, ki ne pomenijo tehničnih razlogov v smislu člena 11(3) Direktive 92/50.

53. Sodišče je v sodbi z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji<sup>15</sup> v zvezi s členom 20(2)(c) Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju<sup>16</sup>, ki vsebuje podobno pravilo kot člen 11(3) Direktive 92/50, menilo, da za uporabo te določbe veljata dva kumulativna pogoja, in sicer, po eni strani, da pri delih, ki so predmet naročila, obstaja tehnična posebnost, in, po drugi strani, da je treba zaradi te tehnične posebnosti to naročilo nesporno dodeliti določenemu podjetju.

13 – Glej sodbi z dne 10. aprila 2003 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-20/01 in C-28/01, Recueil, str. I-3609, točka 58) in z dne 18. novembra 2004 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-126/03, ZOdl., str. I-11197, točka 23).

14 – Sodba z dne 10. aprila 2003 v zadevi Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 13, točke od 58 do 67).

15 – Sodba z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-394/02, ZOdl., str. I-4713, točka 34).

16 – UL L 199, str. 84.

54. Na podlagi navedene sodne prakse menim, da Zvezna republika Nemčija ni dokazala, da je uporaba člena 11(3) Direktive 92/50 v obravnavanem primeru upravičena.

ponudbo na podlagi odprtega ali omejenega postopka. Tako obveznost, ki izhaja iz Direktive 92/50, da se izvede javni razpis na podlagi odprtega ali omejenega razpisnega postopka, preprečuje izpolnjevanje naloge okrožij in služb za odvoz odpadkov mesta Hamburg. Torej naj se kot taka na podlagi člena 86(2) ES ne bi uporabljala za okrožja in službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg.

55. Če bi sprejeli utemeljitve Zvezne republike Nemčije, ki temeljijo na Direktivi Sveta 75/442/EGS z dne 15. julija 1975 o odpadkih<sup>17</sup>, bi to pomenilo, da bi bila s to direktivo preprečena polna učinkovitost Direktive 92/50.

*D – Direktiva 92/50 kot dejavnik, ki okrožjem preprečuje izpolnjevanje naloge odstranjanja odpadkov*

56. Zvezna republika Nemčija tudi trdi, da lahko okrožja in službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg kot organi javnega prava, odgovorni za odstranjevanje odpadkov, izpolnjujejo svojo nalogo samo s sklenitvijo sporne pogodbe. V skladu z Direktivo 92/50 bi morala okrožja oddati naročilo ponudniku z najnižjimi cenami ali z ekonomsko najugodnejšo

57. Kar zadeva člen 86(2) ES, v skladu s katerim podjetja, pooblaščená 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, je Sodišče odločilo, da je treba, kar zadeva določbo, ki v nekaterih okoliščinah dovoljuje odstopanje od pravil Pogodbe, ta člen razlagati strogo<sup>18</sup> in da mora država članica ali podjetje, ki se sklicuje na to določbo, dokazati, da so izpolnjeni pogoji za uporabo te določbe.<sup>19</sup>

18 – Glej sodbi z dne 17. julija 1997 v zadevi GT-Link (C-242/95, Recueil, str. I-4449, točka 50) in z dne 17. maja 2001 v zadevi TNT Traco (C-340/99, Recueil, str. I-04109, točka 56).

19 – Glej sodbe z dne 23. oktobra 1997 v zadevi Komisija proti Franciji (C-159/94, Recueil, str. I-5815, točka 94), TNT Traco (navedena v opombi 18, točka 59) in z dne 15. novembra 2007 v zadevi International Mail Spain (C-162/06, ZOdL, str. I-9911, točka 49).

17 – UL L 194, str. 39.

58. Menim, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila dokaznega bremena, ki ga nosi.

odpadkov mesta Hamburg svoje proste zmogljivosti lahko ponudile tudi drugim interesentom.<sup>20</sup>

59. Očitno je, da utemeljitve Zvezne republike Nemčije v zvezi s tem temeljijo na dveh premisah. Prvič, če sporne pogodbe ne bi bilo, ne bi niti okrožja niti službe za odvoz odpadkov mesta Hamburg mogli izpolnjevati svojih nalog v zvezi z odstranjevanjem odpadkov. Sežigalnica v Rugenberger Dammu je bila namreč lahko zgrajena samo na podlagi te pogodbe. Drugič, sporna pogodba ne bi bila sklenjena, če bi okrožja izvedla javni razpis na podlagi odprtega ali omejenega razpisnega postopka, ker bi bilo treba v takem postopku naročilo dodeliti ponudniku z najnižjimi cenami ali ekonomsko najugodnejšo ponudbo.

60. Po mojem mnenju sta obe premisi napačni.

62. Menim tudi, da uporaba odprtega ali omejenega postopka ne bi mogla ovirati sklenitve take pogodbe, kakor je bila sklenjena med okrožji in službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg, glede na to, da mora biti na podlagi teh postopkov naročilo oddano ponudniku z najnižjimi cenami ali z ekonomsko najugodnejšo ponudbo.

63. Treba je opozoriti, da je Sodišče že odločilo, da se lahko naročnik pri oddaji naročil, kadar je naročilo oddano ponudniku z ekonomsko najugodnejšo ponudbo, opira na različna in spremenljiva merila glede na zadevno naročilo in da ni treba, da je vsako od meril dodelitve, ki jih naročnik uporabi za opredelitev ekonomsko najugodnejše ponudbe, povsem ekonomske narave.<sup>21</sup> Sodišče je izrecno potrdilo, da lahko naročnik na različnih stopnjah postopka oddaje javnih naročil upošteva merila v zvezi z ohranjanjem okolja.<sup>22</sup>

61. Dvomim, da je bila sporna pogodba edino sredstvo, ki je omogočalo izpolnjevanje naloge na področju odstranjevanja odpadkov. Kot pravilno poudarja Komisija, bi službe za odvoz

20 – Nazadnje bi bilo mogoče predvideti obveznost služb za odvoz odpadkov mesta Hamburg kot naročnika v smislu člena 1(b) Direktive 92/50, da objavijo javni razpis za manjkajočo količino odpadkov.

21 – Glej sodbo z dne 17. septembra 2002 v zadevi Concordia Bus Finland (C-513/99, Recueil, str. I-7213, točki 53 in 55).

22 – Glej sodbi Concordia Bus Finland (navedena v opombi 21, točka 57) in z dne 10. aprila 2003 v zadevi Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 13, točka 60).

## VI – Predlog

64. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj:

- ugotovi, da Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti, ki jih ima na podlagi določb člena 8 v povezavi z določbami naslovov od III do VI Direktive Sveta z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, ker so Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. in Stade sklenila pogodbo o odstranjevanju odpadkov neposredno s službami za odvoz odpadkov mesta Hamburg in ker to naročilo storitev ni bilo predmet javnega razpisa na podlagi odprtega ali omejenega razpisnega postopka na ravni Skupnosti;
- Zvezni republiki Nemčiji naloži plačilo stroškov;
- Kraljevini Nizozemski, intervenientki, naloži plačilo njenih stroškov.