



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
VERICE TRSTENJAK,
predstavljeni 23. maja 2012¹

Zadeva C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
proti
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Ingegneri
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione
Tecnico-Economica (OICE)
Etacons srl
Ing. Vito Prato Engineering srl
Barletti – Del Grosso e Associati srl
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Consiglio di Stato (Italija))

„Pravo javnih naročil — Javno-javno partnerstvo — Direktiva 2004/18/ES — Neopravljen javni postopek za oddajo naročila — Oprava storitve, katere predmet je študija in ocena potresne občutljivosti nekaterih bolnišnic — Pogodbe, sklenjene med naročnikom in javnopravno ustanovljeno univerzo — Odplačne pogodbe, pri katerih plačilo ne presega nastalih stroškov — Lastnost gospodarskega subjekta“

I – Uvod

1. Consiglio di Stato (v nadaljevanju: predložitveno sodišče) v obravnavanem postopku za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU Sodišču postavlja vprašanje, ki se nanaša na razlago Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev².

2. Predlog za sprejetje predhodne odločbe izhaja iz spora med Azienda Sanitaria Locale di Lecce (v nadaljevanju: ASL Lecce) in skupino združenj inženirjev in arhitektov glede sporazuma o odplačni izvedbi študije in ocene potresne občutljivosti bolnišnic v pokrajini Lecce, ki ga je sklenila ASL Lecce z Università del Salento (v nadaljevanju: Univerza). Navedena združenja inženirjev in arhitektov, ki niso bila udeležena pri tem projektu, očitajo ASL Lecce, da je naročilo izvedel brez javnega postopka za oddajo naročila in ga tako nezakonito oddal Univerzi. ASL Lecce ugovarja, da sporazum spada na področje sodelovanja in koordinacije med javnimi organi, saj je bil sklenjen za doseg cilja v splošnem interesu.

1 — Jezik izvirmika: nemščina. Jezik postopka: italijanščina.

2 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132.

3. Sodišču se v obravnavani zadevi znova ponuja možnost za nadgradnjo sodne prakse na področju prava javnih naročil. Sodišče mora ob upoštevanju sodbe v zadevi Komisija proti Nemčiji³ odločiti, ali se zdi uporaba prava javnih naročil upravičena v primerih, kot je ta v postopku v glavni stvari, v katerem je javnopravno ustanovljena univerza od javnega organa prejela naročilo za opravljanje svetovalne dejavnosti. Pri tem je treba upoštevati različne vidike, na primer pooblastilo Univerze, da nastopa kot gospodarski subjekt, in to, da prejeta plačila pokriva zgolj stroške.

II – Pravni okvir

A – Pravo Unije

4. Členi 1(2), 8 in 9 Direktive 2004/18 določajo:

„2.

- (a) ‚Javna naročila‘ so proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev v skladu s pomenom iz te direktive.[...]
- (d) ‚Javna naročila storitev‘ so javna naročila, katerih predmet je opravljanje storitev iz Priloge II, razen javnih naročil gradenj ali naročil blaga.

[...]

8. Izrazi ‚izvajalec gradenj‘, ‚dobavitelj blaga‘ in ‚izvajalec storitev‘ pomenijo katero koli pravno ali fizično osebo ali javni subjekt ali skupino teh oseb in/ali organov, ki na trgu ponujajo bodisi izvedbo gradenj in/ali gradbeno delo, proizvode ali storitve.

Izraz ‚ekonomski subjekt‘ pomeni enako ali izvajalca gradenj, ali dobavitelja blaga ali izvajalca storitev. Uporablja se le zaradi enostavnosti.

[...]

9. ‚Naročniki‘ pomenijo državne, regionalne ali lokalne organe, osebe javnega prava ter združenja, ki jih ustanovijo bodisi en ali več teh organov bodisi en ali več teh oseb javnega prava.

‚Oseba javnega prava‘ pomeni vsak subjekt:

- (a) ki je ustanovljen s posebnim namenom zadovoljevanja potreb javnega interesa, in ki nima pridobitnega značaja;
- (b) ki ima pravno osebnost; in
- (c) ga pretežno financirajo država, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava; ali za katerega velja upravljalski nadzor s strani teh oseb; ali ki ima upravljavski ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov imenuje država, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava.

[...]“

3 — Sodba z dne 9. junija 2009 (C-480/06, ZOdl., str. I-4747).

5. Direktiva 2004/18 v skladu s členom 7 velja za oddajo javnih naročil, katerih vrednost je brez davka na dodano vrednost (v nadaljevanju: DDV) enaka ali večja od praga 206.000 EUR, če gre pri tem za javna naročila blaga in storitev, ki jih oddajo naročniki, ki niso na seznamu v Prilogi IV. V skladu s členom 9 te direktive mora izračun ocenjene vrednosti javnega naročila temeljiti na celotnem plačljivem znesku brez DDV, kakor ga je ocenil naročnik. Pri tem izračunu se mora upoštevati celotni skupni znesek, vključno s katero koli dodatno mogočo izbiro in katero koli ponovitev naročila.

6. V skladu s členom 16(f) Direktive 2004/18 se ta ne uporablja za javna naročila storitev v zvezi z raziskovalnimi in razvojnimi storitvami, razen tistih, od katerih ima koristi izključno naročnik za svoje potrebe in uporabo, pod pogojem, da opravljeno storitev v celoti plača naročnik.

7. Iz člena 20 Direktive 2004/18 je razvidno, da se morajo naročila, katerih predmet so storitve s seznama v Prilogi II A, oddati v skladu s členi od 23 do 55. Člen 28 določa, da morajo naročniki pri oddaji javnih naročil uporabljati nacionalne postopke, ki so prilagojeni namenom te direktive. V Prilogi II sta poleg drugih navedeni ti kategoriji storitev: „Raziskovalne in razvojne storitve“ (kategorija 8) in „Arhitekturne storitve; inženiring storitve in integrirane inženiring storitve; storitve urbanističnega načrtovanja in krajinskega inženiringa; sorodne znanstvene in tehnične svetovalne storitve; storitve tehničnega preizkušanja in analiz“ (kategorija 12).

B – Nacionalno pravo

8. Člen 15(1) zakona št. 241 z dne 7. avgusta 1990, s katerim so bile uvedene nove določbe na področju upravnega postopka in dostopa do upravnih dokumentov (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)⁴, določa, da lahko nosilci javne oblasti vedno med seboj sklepajo sporazume za sodelovanje pri opravljanju dejavnosti v splošnem interesu.

9. Člen 66 uredbe predsednika republike (Decreto del Presidente della Repubblica) št. 382/1980 določa:

„Univerze lahko, če to ne ovira opravljanja njihove znanstveno-izobraževalne funkcije, izvajajo dejavnosti raziskovanja in svetovanja na podlagi pogodb in sporazumov z javnimi in zasebnimi subjekti. Izpolnitev teh pogodb in sporazumov se praviloma zaupa oddelkom, če pa ti niso vzpostavljeni, institutom ali univerzitetnim bolnišnicam ali posameznim visokošolskim učiteljem, ki so zaposleni za polni delovni čas.

Prihodki iz storitev, ki so določene s pogodbami in sporazumi iz prejšnjega odstavka, se razdelijo v skladu z uredbo.

[...]

Skupni letni znesek nagrade, ki se lahko dodeli učiteljskemu in neučiteljskemu osebju, ki sodeluje pri teh storitvah, ne sme preseči 30 odstotkov skupnega prihodka. Nikakor pa znesek, dodeljen osebju, ne sme preseči 50 odstotkov celotnih prihodkov iz storitev.

Z ureditvijo, navedeno v odstavku 2, je določen znesek, ki ga je treba dodeliti za vsakovrstne stroške, ki jih nosi univerza, in merila za dodelitev v odstavku 3 navedenega zneska osebju.

[...]

Prihodki iz dejavnosti iz prejšnjega odstavka so prihodek proračuna univerze.“

4 — GURI št. 192 z dne 18. avgusta 1990.

10. Iz predložitvenega sklepa je dalje razvidno, da so univerze na podlagi posebnih pravnih predpisov o njihovi dejavnosti najpomembnejša središča znanstvenega raziskovanja.

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

11. S specifikacijo, ki jo je generalni direktor ASL Lecce potrdil s sklepom z dne 7. oktobra 2009, in poznejšim sporazumom, poimenovanim „pogodba o svetovanju“, je bil sklenjen pisni sporazum med ASL Lecce in Univerzo. Predmet tega sporazuma je bila odplačna študija in ocena potresne občutljivosti bolnišnic v pokrajini Lecce na podlagi najnovejših nacionalnih predpisov s področja varnosti objektov, še zlasti strateških zgradb.

12. V specifikaciji je bila storitev, ki jo je treba izvesti, opredeljena tako:

- opredelitev vrst objektov, materialov, uporabljenih pri gradnji, in uporabljenih metod izračuna; kratek pregled dejanskega stanja glede na razpoložljivo projektno dokumentacijo;
- preverjanje ustreznosti objektov, kratka preučitev celostnega potresnega odziva zgradbe, morebitne lokalne analize elementov ali podsistemov objektov, ki so pomembni za ugotovitev celostnega potresnega odziva;
- obdelava rezultatov iz prejšnje alineje in priprava tehničnih listov za oceno gradnje, še zlasti: poročilo o ugotovljenih vrstah objektov, o materialih in o stanju ohranjenosti objektov s posebnim upoštevanjem vidikov, ki zelo vplivajo na odziv objektov glede na potresno nevarnost kraja gradnje; tehnični listi o klasifikaciji potresne občutljivosti bolnišnic; tehnična poročila o gradbenih elementih ali podsistemih objektov, ki so kritični glede na preizkus potresne občutljivosti; začetni predlogi in kratek tehnični in ekonomski opis del potresnih prilagoditev ali izboljšav, ki jih je mogoče izvesti, s posebnim upoštevanjem prednosti in omejitev različnih mogočih tehnologij.

13. Na podlagi pogodbe o svetovanju naj bi se dejavnost izvajala v tesnem sodelovanju med delovno skupino, ki jo določi ASL Lecce, in univerzitetno delovno skupino, po potrebi ob pomoči zunanega visoko usposobljenega osebja; znanstveno odgovorni naj bi bili dve osebi, ki ju določita naročnik in oddelek univerze; ASL Lecce bi postal lastnik vseh rezultatov raziskovalne dejavnosti, vendar bi bil zavezan, da ob morebitni objavi rezultatov na tehnično-raziskovalnem področju izrecno navede oddelek. Za celotno storitev naj bi ASL Lecce plačal Univerzi 200.000 EUR brez DDV v štirih obrokih. Ob predčasni prekinitvi pogodbe naj bi imela Univerza pravico do zneska, ki ustreza do tedaj opravljenemu delu in nastalim stroškom.

14. TAR Puglia je na podlagi treh tožb, ki so jih vložili Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), skupaj z družbami Etacons srl, Vito Prato Engineering srl, Barletti – del Grosso & associati srl, in Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, ugotovilo, da neposredna oddaja opisanega naročila Univerzi ni bila zakonita, ker ni bil izveden javni razpis.

15. ASL Lecce in Univerza sta zoper navedene sodbe vložila pritožbo pri predložitvenem sodišču. To v predložitveni odločbi opozarja na pomisleke, da bi lahko Direktiva 2004/18 nasprotovala sklenitvi pogodbe, kakršna je dotična pogodba. Zato se sprašuje, ali sporni sporazum izpolnjuje pravne zahteve za javno-javno partnerstvo, kot so bile razvite v sodni praksi Sodišča. Za tako sklepanje naj bi sicer

obstajali določeni razlogi, vendar tega ni mogoče trditi z gotovostjo, saj naj bi drugi vidiki kazali na nasprotno. Ker po njegovem mnenju iz sodne prakse Sodišča ni mogoče razbrati odločilnih napotkov za razlago, je Consiglio di Stato prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

Ali Direktiva 2004/18/ES, natančneje, njeni členi 1(2)(a) in (d), 2 in 28 ter Priloga II, kategoriji 8 in 12, nasprotuje nacionalni ureditvi, ki dovoljuje sklenitev pisnih pogodb med naročnikoma za izvedbo študije in ocene potresne občutljivosti bolnišnic, ki se opravita na podlagi nacionalnih predpisov na področju varnosti objektov, še zlasti strateških zgradb, za plačilo, ki ne presega stroškov, potrebnih za opravilo storitve, kadar je organ, ki jo opravi, mogoče šteti za gospodarski subjekt?

IV – Postopek pred Sodiščem

16. Predložitvena odločba z dne 9. novembra 2010 je v sodno tajništvo Sodišča prispela 1. aprila 2011.

17. ASL Lecce, Univerza, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-economica (OICE), Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), italijanska, češka, poljska in švedska vlada ter Evropska komisija so v roku iz člena 23 Statuta Sodišča vložili pisna stališča.

18. Na ustni obravnavi 27. marca 2012 so predstavili stališča zastopniki ASL Lecce, Univerze, CNI, OICE, CNAPPC, italijanske, poljske in švedske vlade ter Evropske komisije.

V – Bistvene trditve strank v postopku

19. Pomembne navedbe udeležencev v postopku bodo povzete v mojih navedbah.

VI – Pravna presoja

A – Splošno

20. Predložitveno sodišče glede na formulacijo vprašanja za predhodno odločanje v bistvu želi izvedeti, ali je mogoče veljavne nacionalne pravne predpise šteti za združljive z Direktivo 2004/18, če so z njimi dovoljeni sporazumi, kakršni so opisani v vprašanju za predhodno odločanje. Če pa pravna vprašanja v tej zadevi obravnavamo v celotnem kontekstu, je treba ugotoviti, da se bistveno vprašanje, s katerim se bo moralo Sodišče prednostno ukvarjati, nanaša na združljivost spornega sporazuma z Direktivo 2004/18. Da bi nacionalno sodišče na svoje vprašanje dobilo za rešitev spora o glavni stvari koristen odgovor, se zdi smiselno usmeriti težišče analize na ta vidik. Zato se bom pri analizi posvetila vprašanju, ali so v sporu o glavni stvari kršene zahteve Direktive 2004/18. Menim, da za to ni nujno preoblikovati vprašanja za predhodno odločanje, saj ugotovitev morebitne kršitve posredno daje podatke o tem, ali je veljavno nacionalno pravo skladno s pravom Unije. Če sporni sporazum glede na rezultat analize ne bi ustrezal določbam Direktive 2004/18, tudi obstoječega stanja prava v Italiji ni mogoče šteti za skladnega s pravom Unije.

21. Direktiva 2004/18 naj bi nasprotovala sporazumu, kakršen je sklenjen med ASL Lecce in Univerzo, če bi šlo pri oddaji izvedbe študije in ocene potresne občutljivosti nekaterih bolnišnic v skladu s pravom Unije za posel, za katerega je obvezna oddaja javnega naročila, saj v sporu o glavni stvari ni bilo javnega razpisa. Kot je mogoče razbrati iz predložitvene odločbe, je bilo sporno naročilo namesto tega neposredno oddano Univerzi. Če bi se potrdilo, da gre za posel, za katerega je obvezna oddaja

javnega naročila, bi bilo treba dalje raziskati, ali je glede na okoliščine primera mogoče uporabiti izjemo, ki upravičuje odpoved javnemu razpisu, pri čemer v sporu o glavni stvari pridejo v poštev izjeme, določene v Direktivi 2004/18, in pojem partnerstva med javnimi organi za izvajanje naloge v splošnem interesu, razvit v sodni praksi Sodišča.

B – *Uporaba Direktive 2004/18*

22. To sicer predpostavlja, da se področje uporabe Direktive 2004/18 sploh nanaša na sporni sporazum. To je prva točka preverjanja, ki se ji bom takoj posvetila.

1. Obstoj javnega naročila

a) Opravljanje storitev

23. Da bi lahko šteli, da je podano področje stvarne uporabe te direktive, mora iti za „javno naročilo“. Dotični sporazum bi bilo mogoče uvrstiti v eno od vrst javnih naročil, naštetih v členu 1(2) te direktive. Po mojem mnenju pride na podlagi razpoložljivih podatkov o dejanskem stanju v poštev uvrstitve v „javno naročilo storitev“ v smislu pravne opredelitve iz člena 1(2)(d). V njem so javna naročila storitev opredeljena kot „javna naročila, katerih predmet je opravljanje storitev iz Priloge II, razen javnih naročil gradenj ali naročil blaga“. Dela, ki jih mora Univerza opraviti v skladu s sporazumom, glede na predmet ustrezajo vrsti storitev, naštetih v kategoriji 12 v Prilogi II A („Arhitekturne storitve; inženiring storitve in integrirane inženiring storitve; storitve urbanističnega načrtovanja in krajinskega inženiringa; sorodne znanstvene in tehnične svetovalne storitve; storitve tehničnega preizkušanja in analiz“). Gre namreč za zapletena tehnična opravila, katerih predmet je preverjanje ustreznosti objektov in potresne ogroženosti zgradb. Očitno povezana so z arhitekturo in vsebujejo obširno svetovalno dejavnost s tega področja, ki jo zagotavlja ustrezno kvalificirano univerzitetno osebje.

b) Pogodba med naročnikom in gospodarskim subjektom

24. Poleg tega je pogoj za opredelitev „javnega naročila storitev“, ki izhaja iz pojma javnega naročila iz člena 1(2)(a) Direktive 2004/18, pisna pogodba med naročnikom in gospodarskim subjektom.

25. Zakonska zahteva po pisni obliki je izpolnjena, saj je bila „pogodba o svetovanju“ z dne 29. oktobra 2009 sklenjena pisno.

26. V skladu s členom 1(9) Direktive 2004/18 veljajo za „naročnike“ „državni, regionalni ali lokalni organi, osebe javnega prava ter združenja, ki jih ustanovijo bodisi en ali več teh organov bodisi en ali več teh oseb javnega prava“. ASL Lecce kot del javne uprave izpolnjuje pogoje, da se opredeli kot naročnik v smislu te direktive.

27. V zvezi z morebitno uvrstitvijo Univerze med „ekonomske [gospodarske] subjekte“ je treba ugotoviti, da so v tem pojmu v smislu člena 1(9) Direktive 2004/18 zajeti tudi „izvajalci storitev“. Za te je treba šteti „katero koli pravno ali fizično osebo ali javni subjekt ali skupino teh oseb in/ali organov, ki na trgu ponujajo [...] storitve“. Università del Salento je, kot se da razbrati iz njenih pisnih stališč⁵, ustanovljena kot javnopravna oseba. Glede tega je pomembna določba člena 66 uredbe predsednika republike št. 382/1980, saj je z njo univerzam dano pooblastilo za sklepanje pogodb in sporazumov z javnimi in zasebnimi subjekti za dejavnost raziskovanja in svetovanja. Iz tega je mogoče sklepati, da je univerzam na podlagi nacionalnega prava dovoljeno, da ne delujejo le kot učna in raziskovalna središča, ampak tudi kot gospodarski subjekti v smislu zgoraj navedene opredelitve.

5 — Str. 2 vloge Univerze.

28. Na tem mestu opozarjam na sodbo CoNISMa⁶, v kateri je Sodišče potrdilo, da smejo univerze kot gospodarski subjekti sodelovati v postopkih oddaje javnih naročil. Sodišče je v njej pojasnilo, da lastnost gospodarskega subjekta ni nujno omejena zgolj na subjekte, ki so organizirani kot podjetje⁷. Nasprotno, kot kandidat se lahko prijavi vsaka oseba ali subjekt, ki je sposoben izvesti zadevno naročilo, ne glede na to, ali je oseba zasebnega ali javnega prava in ali je redno dejavna na trgu ali pa deluje le priložnostno oziroma ali se financira iz javnih sredstev⁸. Poleg tega je Sodišče ugotovilo, da bi restriktivna razlaga pojma gospodarski subjekt vodila k temu, da pogodbe, sklenjene med naročniki in osebami, ki ne delujejo pretežno s pridobitnim ciljem, ne bi štele za „javna naročila“, in bi lahko bila oddane sporazumno ter bi se tako izognile pravilom Unije o enakem obravnavanju in preglednosti, kar bi bilo v nasprotju s cilji teh pravil.

29. Zato je treba sporazum, sklenjen med ASL Lecce in Univerzo, šteti za pisno pogodbo med naročnikom in gospodarskim subjektom.

c) Odplačnost storitve

30. Nadaljnji pogoj za uvrstitev sporazuma med „javna naročila“ v smislu člena 1(2)(a) Direktive 2004/18 je njegova odplačnost. S pojmom „odplačnost“ se zahteva, da nasproti storitvi, ki jo opravi ponudnik, obstaja tudi naročnikova obveznost plačila. Poleg udeležbe dveh oseb je tu mišljena vzajemnost v smislu stvarne izmenjave storitev. Ta vzajemnost pogodbenega odnosa je nujna za posle, za katere je obvezna oddaja javnega naročila.

31. V sporu o glavni stvari je bila sicer v skladu s spornim sporazumom določena obveznost plačila ASL Lecce Univerzi. Vendar je bilo posebno to, da je bilo plačilo dogovorjeno tako, da ni presehalo nastalih stroškov. Na podlagi tega se postavlja vprašanje, ali pojmu „odplačnost“ zadostijo tudi plačila, ki zgolj pokrivajo stroške. Po mojem mnenju nekaj argumentov podpira široko razlago tega pojma, se pravi, da naj bo zajeto vsakršno plačilo, ki ima denarno vrednost.

32. Kot je predložitveno sodišče pravilno pojasnilo v predložitveni odločbi⁹, zgolj neobstoj dobička še ne pomeni, da je pogodbeni dogovor neodplačen. Z gospodarskega vidika ostane vsekakor odplačen, zlasti ker prejemnik kljub vsemu prejme denarno dajatev¹⁰, tako da bi se lahko zanj uporabljala Direktiva 2004/18. Ne glede na to je mogoče zagovarjati stališče, da le široko razumevanje pojma „odplačnost“ zadostuje namenu direktiv o javnih naročilih, ki je odprtje trgov za pravo konkurenco¹¹. Le tako je mogoče zagotoviti polni učinek direktiv o javnih naročilih in preprečiti zaobitje prava javnih naročil, recimo z dogovorom o drugačnih vrstah plačila, iz katerih ni takoj prepoznaven cilj ustvarjanja dobička, na primer z barterскими posli ali odpovedjo medsebojnim zahtevkom med pogodbenima strankama¹².

6 — Sodba z dne 23. decembra 2009 (C-305/08, ZOdl., str. I-12129).

7 — *Ibid.*, točka 35.

8 — *Ibid.*, točka 42.

9 — Glej str. 22, točka 34, predložitvene odločbe.

10 — Primerjaj Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (ur. Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), del B5, točka 24, str. 4, po čigar mnenju je značilnost odplačnosti načeloma podana pri vsaki koristi z denarno vrednostjo. Podobno tudi Eisner, C., „Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (del 1)“, v: *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, str. 190, po katerem je treba zadevni posel, takoj ko je dejansko dogovorjeno plačilo za storitev, presoјati na podlagi določb o javnih naročilih.

11 — Primerjaj Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, zvezek 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg 2007, str. 617, točka 2012.

12 — *Ibid.*

33. Tako razumevanje pojma odplačnosti je tudi v skladu s široko opredelitvijo odplačnosti, ki jo je dalo Sodišče svobodi opravljanja storitev iz člena 56 PDEU¹³. Glede na to, da je namen Direktive 2004/18, kot je razvidno iz njene pravne podlage v členu 95 ES (postal člen 114 PDEU), doseganje temeljnih svoboščin notranjega trga, kar je izraženo v njeni uvodni izjavi 2, se zdi široko razumevanje pojma „odplačnost“ primerno. V skladu s to široko razlago pri izvajalcu storitev ni nujno zahtevati doseganja dobička. Nasprotno, za potrditev zahteve po odplačnosti bi morale zadostovati, da izvajalec storitev prejme že plačilo, ki zgolj pokriva stroške, v obliki povračila stroškov. Zato bi morala biti s pojmom odplačnosti zajeta tudi tako imenovana navadna povračila¹⁴.

34. Zato je sporni sporazum odplačen in gre v sporu o glavni stvari za „javno naročilo storitev“ v smislu opredelitve iz člena 1(2)(d) direktive.

2. Doseganje zadevnega praga

a) Nedoseganje upoštevne praga?

35. Direktive o javnih naročilih s strogimi zahtevami glede postopka oddaje ne veljajo za vsa majhna naročila. Nasprotno, denarna protivrednost zadevnega naročila mora doseči prag, da zanj veljajo predpisi o oddaji. Že z vidika sorazmernosti se postopek oddaje, ki je deloma zelo zahteven, ne sme uporabiti za vsako po obsegu majhno naročilo. Poleg tega majhna vrednost naročila ne kaže na resen čezmejni trgovski interes.

36. Tako je z vzpostavitvijo pragov opravljena delitev prava javnih naročil na dva dela. Nad doseženimi pragovi je treba spoštovati podrobne zahteve direktiv. Če pragovi niso doseženi, se uporabijo samo primarno pravo Unije o javnih naročilih in nenapisana načela, ki izhajajo iz sodne prakse Sodišča. Ta delitev je pomembna v obravnavani zadevi, saj v sporu o glavni stvari prag morda ni dosežen, kar bo treba podrobno preučiti.

37. Na podlagi člena 9(1) Direktive 2004/18 temelji izračun ocenjene vrednosti javnega naročila na celotnem plačljivem znesku brez DDV, kakor ga je ocenil naročnik. Izračun mora upoštevati celotni skupni znesek, vključno s katero koli dodatno morebitno izbiro in katero koli ponovitvijo naročila. Iz spisa je razvidno, da se je ASL Lecce zavezal k plačilu 200.000 EUR brez DDV. Če se ta znesek upošteva kot ocenjena vrednost pogodbeno dogovorjenih storitev, je treba ugotoviti, da je pod pragom 206.000 EUR, določenim v členu 7(1)(b) Direktive 2004/18 v različici, ki se je uporabljala 29. oktobra 2009, to je ob sklenitvi spornega sporazuma. Posledično združljivosti spornega sporazuma s pravom Unije o javnih naročilih tudi ne bi bilo mogoče preveriti glede na Direktivo 2004/18. Merilo za presojo bi lahko bilo le primarno pravo, predvsem določbe o temeljnih svoboščinah.

38. Po drugi strani se ne sme spregledati – na kar opozarja Komisija v pisnih stališčih¹⁵ – da je bil prag le malo za tem znižan na 193.000 EUR, in sicer z Uredbo Komisije (ES) št. 1177/2009 z dne 30. novembra 2009 z učinkom od 1. januarja 2010¹⁶. Tako bi bila ocenjena vrednost storitev nad novim pragom. Zastavlja se vprašanje, kateri prag je treba uporabiti v sporu o glavni stvari. To pa je povezano z vprašanjem, katera različica Direktive 2004/18 se uporabi v sporu o glavni stvari. Da bi lahko odgovorili na to vprašanje, je treba določiti odločilni trenutek za uporabo direktive o javnih naročilih.

13 — Glej sodbo z dne 27. septembra 1988 v zadevi Humbel & Edel (263/86, Recueil, str. 5365, točka 18). Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (ur. Heinz Mayer), Dunaj 2003, člen 49 ES, točka 8, str. 5, meni, da je značilnost odplačnosti izpolnjena že s tem, da so s plačilom pokriti stroški.

14 — Glej Frenz, *op. cit.* (opomba 11), str. 618, točka 2013.

15 — Glej opombo 22 v vlogi Komisije.

16 — Uredba Komisije (ES) št. 1177/2009 z dne 30. novembra 2009 o spremembi direktiv 2004/17/ES, 2004/18/ES in 2009/81/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede njihovih pragov uporabe za postopke za oddajo naročil (UL L 314, str. 64).

39. Direktiva 2004/18 vsebuje vrsto določb, ki naj bi bile v pomoč uporabnikom prava pri določitvi odločilnega trenutka za izračun vrednosti naročila. Tako na primer člen 9(2) te direktive določa, da je odločilni trenutek za izračun trenutek pošiljanja javnega razpisa, če pa takšna objava ni potrebna, začetek postopka oddaje naročila. Tako bi si načeloma lahko zamislili, da se za določitev časovne uporabe upoštevne različice Direktive 2004/18 uporabijo te določbe. Vendar je treba ugotoviti, da se te določbe nanašajo na primer, v katerem je bil dejansko izpeljan postopek oddaje. V njih pa ni napotila glede tega, kako je treba ravnati, če tako kot v sporu o glavni stvari iz katerega koli razloga ni razpisa. Ker za zadnjenavedeni primer ni izrecnih določb, je primernih nekaj temeljnih preudarkov, da bi našli rešitev tega primera, pri kateri bi bile te okoliščine dovolj upoštevane.

40. V sklepnih predlogih v zadevi Komisija proti Nemčiji¹⁷ sem opozorila na okoliščino, da se pragovi, določeni v direktivah o javnih naročilih, redno prilagajajo. Tako so potrebna jasnejša pravila za določitev upoštevnihih pragov. Zato sem tam tudi predlagala, naj se takrat, kadar ni razpisa, kot odločilni trenutek za določitev upoštevnihih praga in tako posredno tudi časovne uporabnosti direktive o javnih naročilih upošteva čas pogajanj za sklenitev pogodbe¹⁸. To se zdi smiselno, zlasti ker je vse odvisno od upoštevanja časa, ko obstaja zadostna gotovost o celotnem obsegu naročila in predvideni vrednosti naročila. Zgoraj navedene določbe člena 9(2) Direktive 2004/18 temeljijo na enakem razmišljanju. Ker je treba izhajati iz tega, da je najpozneje ob sklenitvi pogodbe obstajala dokončna gotovost o predvideni vrednosti naročila, bi moral biti ta trenutek odločilen v sporu o glavni stvari. Torej se v sporu o glavni stvari uporablja Direktiva 2004/18 v starejši različici. Ker je vrednost pogodbeno dogovorjene storitve pod pragom, določenim v njej, bi morala biti – kot je bilo že pojasnjeno – združljivost spornega sporazuma s pravom Unije o javnih naročilih preverjena le glede na primarno pravo.

41. V Pogodbah sicer ni izrecnih določb o pravu javnih naročil¹⁹. Vendar je Sodišče iz temeljnih svoboščin, prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva in načela enakega obravnavanja izpeljalo načela v zvezi z javnimi naročili in glede na posamični primer, ki ga je bilo treba oceniti, oblikovalo konkretne zahteve v zvezi z javnim naročilom, ki jih mora upoštevati naročnik. Tako načelo enakega obravnavanja na področju oddaje javnih naročil, ki je del primarnega prava, zahteva, da imajo vsi ponudniki ne glede na državljanstvo pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti²⁰. Iz teh načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva je razvidna zahteva po preglednosti, zaradi katere je treba v dobro vseh potencialnih ponudnikov zagotoviti ustrezno stopnjo obveščenosti javnosti, ki omogoča oddajo naročila konkurenci in nadzor nad nepristranskostjo postopkov oddaje²¹.

42. Vendar za temeljito analizo spoštovanja načel primarnega prava javnih naročil manjkajo potrebne navedbe o dejanskem stanju in pojasnila predložitvenega sodišča. Razlog za to je tudi to, da je predlog za razlago prava Unije omejilo na Direktivo 2004/18. Navedbe predložitvenega sodišča se zato nanašajo izključno na vidike, ki so pomembni za razlago tega akta sekundarnega prava.

17 — Sklepni predlogi, predstavljeni 14. aprila 2010 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-271/08, sodba z dne 15. julija 2010, ZOdl., str. I-6817., točka 143).

18 — *Ibid.*

19 — Glej Frenz, *op. cit.* (opomba 11), str. 533, točka 1721.

20 — Sodba z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 48).

21 — Sodbi z dne 15. oktobra 2009 v zadevi Acoset (C-196/08, ZOdl., str. I-9913, točka 49) in z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 21). V zvezi s tem razmerjem med prepovedjo diskriminacije in zahtevo po preglednosti glej sodbe z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski (C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točki 30 in 31); z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 66); z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točki 17 in 18) in z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, točka 60 in naslednje).

43. Naj v zvezi s tem spomnim, da je Sodišče v zvezi z dopustnostjo predložitve opozorilo na zahtevo po zadostni predstavitvi pravnega in dejanskega okvira postopka v glavni stvari v predložitveni odločbi. Ta zahteva naj bi po eni strani omogočila Sodišču, da poda razlago prava Unije, ki bo koristna za nacionalno sodišče²², po drugi strani pa omogočila vladam držav članic in drugim udeležencem v postopku, da predložijo izjave v skladu s členom 23 Statuta Sodišča²³. Vendar bo oba namena, kar zadeva spor o glavni stvari, mogoče upoštevati, samo če bo predložitveno sodišče na Sodišče naslovlilo ustrezen predlog za razlago primarnega prava in z ustreznimi navedbami dopolnilo svojo predstavitev pravnega in dejanskega okvira postopka v glavni stvari. Zato predlagam, naj se predložitveno sodišče opozori na možnost ponovne predložitve.

44. Vendar bi ponovna predložitev prišla v poštev, samo če bi se dokončno ugotovilo, da upoštevni prag dejansko ni bil presežen. Nacionalno sodišče mora ugotoviti potrebna dejstva, da bo lahko z gotovostjo izključilo, da za del dogovorjenega plačila ni treba šteti še nadaljnjih zneskov. Posebna pozornost mora biti namenjena temu, kako je bila izračunana vrednost javnega naročila ASL Lecce. Nacionalno sodišče bo moralo preveriti vrsto vidikov, med drugim, ali so bile morda postavke nastavljene prenizko, pogodbeni dogovor o naknadni prilagoditvi takih postavk dejanskim stroškom, in ali je bila med pogodbenima strankama dogovorjena drobitev naročil, vključno z ločenim izračunom postavk²⁴. Zaradi le malenkostno prekoračenega praga v sporu o glavni stvari se zdi, da je treba te vidike še posebej natančno preučiti.

b) Domneva upoštevnosti vprašanja za predhodno odločanje

45. Če bi bila vrednost naročila dejansko pod pragom 206.000 EUR, ki je upošteven v sporu o glavni stvari, bi ta okoliščina sprožila dvom o upoštevnosti vprašanja za predhodno odločanje, zlasti ker je to postavljeno izrecno glede razlage Direktive 2004/18 namesto razlage primarnega prava, ki ga je treba uporabiti. Vprašanje za predhodno odločanje bi se lahko v tem pogledu izkazalo kot neupoštevno, ker njegova zveza z resničnostjo oziroma s predmetom spora o glavni stvari ni povsem jasna.

46. Spomniti pa je treba, da so na podlagi ustaljene sodne prakse v okviru sodelovanja med Sodiščem in nacionalnimi sodišči, kot je določeno v členu 267 PDEU, samo nacionalna sodišča, ki odločajo o sporu in morajo prevzeti odgovornost za sodno odločbo, ki jo bodo izdala, glede na posebnosti vsake zadeve presojujejo, ali je za izdajo njihove sodbe potrebno sprejetje predhodne odločbe in ali so vprašanja, ki jih postavljajo Sodišču, upoštevna²⁵. Če se vprašanja nanašajo na razlago prava Unije, je Sodišče načeloma zavezano, da odloči o tem²⁶.

22 — Glej sodbo z dne 26. januarja 1993 v združenih zadevah Telemarsicabruzzo in drugi (od C-320/90 do C-322/90, Recueil, str. I-393, točka 6).

23 — Glej sodbi z dne 25. marca 2004 v združenih zadevah Azienda Agricola Ettore Ribaldi in drugi (od C-480/00 do C-482/00, C-484/00, od C-489/00 do C-491/00 in od C-497/00 do C-499/00, Recueil, str. I-2943, točka 73) in z dne 21. septembra 1999 v zadevi Albany (C-67/96, Recueil, str. I-5751, točka 40).

24 — V zvezi z metodami obračunavanja so v vseh direktivah o javnih naročilih izrecno določene prepovedi zaobitja. Po eni strani je prepovedana drobitev naročil, če je njen namen, da se ne uporabi zadevna direktiva. Po drugi strani je z direktivami prepovedano zaobitje z izbiro metode obračunavanja. Poleg tega je mogoče iz prepovedi zaobitja izpeljati splošno prepoved naklepne ali malomarnega prenzkega knjiženja (glej Frenz, *op. cit.* (opomba 11), str. 209, točka 822; Trepte, P., *Public Procurement in the EU*, 2. izdaja, Oxford 2007, str. 262 in 263).

25 — V skladu s to sodno prakso se pričakuje, da nacionalno sodišče neposredno pozna dejansko stanje in trditve strank ter je zato ob polnem poznavanju zadeve bolje usposobljeno za presojo, ali so pravna vprašanja, ki so se pojavila v sporu, ki ga rešuje, upoštevna in ali je za izdajo njegove sodbe potrebno predhodno odločanje (glej sodbo z dne 22. junija 2000 v zadevi Marca Mode, C-425/98, Recueil, str. I-4861, točka 21).

26 — Glej med drugim sodbe z dne 13. marca 2001 v zadevi PreussenElektra (C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 38); z dne 22. maja 2003 v zadevi Korhonen in drugi (C-18/01, Recueil, str. I-5321, točka 19); z dne 19. aprila 2007 v zadevi Asemfo (C-295/05, ZOdl., str. I-2999, točka 30) in z dne 1. oktobra 2009 v zadevi Gottwald (C-103/08, ZOdl., str. I-9117, točka 16).

47. Torej je mogoče domnevo o pomembnosti vprašanj, ki jih v predhodno odločanje predložijo nacionalna sodišča, izpodbiti le izjemoma, če zaprosena razlaga določb prava Unije očitno nima nikakršne zveze z resničnostjo ali predmetom spora o glavni stvari²⁷. To pa ne velja za spor o glavni stvari, zlasti ker ni mogoče izključiti, da predložitveno sodišče po presoji vseh okoliščin spora o glavni stvari – predvsem tega, kako je bila izračunana vrednost javnega naročila ASL Lecce²⁸ – sklene, da je Direktivo 2004/18 v sporu o glavni stvari nazadnje le treba uporabiti, ker je bil presežen upoštevni prag.

48. Zato je Sodišče dolžno ugoditi predlogu predložitvenega sodišča in podati razlago Direktive 2004/18.

3. Neupoštevnost izjeme

49. Medtem ko je s pragovi opravljena prva, povsem finančna razmejitev prava javnih naročil, so v direktivah poleg tega izrecne izjeme za posamezna področja. Od njih je treba razlikovati tiste nenapisane izjeme, ki jih je Sodišče razvilo v svoji sodni praksi in ki se večinoma nanašajo na primere, v katerih regionalni ali lokalni javni organi skupaj opravljajo naloge v splošnem interesu. Namen predpisov o izjemah je natančnejša opredelitev določb direktiv o javnih naročilih. Zlasti naj bi bila s področja uporabe prava javnih naročil izvzeta taka področja, na katerih v zvezi z javnimi naročili ni nevarnosti za konkurenco, ni čezmejnega trgovskega interesa ali uporaba prava javnih naročil ne bi ustrezala posebnostim in posebnim potrebam področja izjeme²⁹.

50. Ne glede na to, katera vrsta izjeme se uporabi za neki primer, ne gre pozabiti, da je treba zaradi cilja direktiv o javnih naročilih – da za oddajo državnih naročil v vseh državah članicah velja skupna ureditev in da se javna naročila na splošno odprejo konkurenci – določbe direktiv o izjemah razlagati taksativno in poleg tega načeloma ozko³⁰.

51. V sporu o glavni stvari pridejo v poštev predpisane in nenapisane izjeme, ki jih je treba v tem sistematičnem vrstnem redu v nadaljevanju preveriti glede uporabnosti.

a) Predpisane izjeme

i) Javno naročilo storitev na podlagi „izključne pravice“

52. Najprej pride v poštev izjema iz člena 18 Direktive 2004/18. V skladu z njo se „direktiva [...] ne uporablja za javna naročila, ki j[ih] odda en naročnik drugemu naročniku ali združenju naročnikov na podlagi izključne pravice, ki jo uživajo v skladu z objavljenimi zakoni, podzakonskimi akti in drugimi predpisi, skladnimi s Pogodbo“. To izjemo bi bilo mogoče uporabiti, samo če bi se lahko dokazala izključna pravica Univerze za opravljanje storitev, kakršne so bile dogovorjene.

53. V zvezi s tem zadošča navesti, da čeprav so univerze po italijanskem pravu v členu 6(4) zakona št. 168/1989 razglašene za „najpomembnejša središča znanstvenega raziskovanja“ in v členu 15(1) zakona št. 241/1990 pooblašene za to, da „sklepajo sporazume z drugimi javnimi organi za sodelovanje pri opravljanju dejavnosti v splošnem interesu“, iz tega ni mogoče izpeljati izključne

27 — Glej med drugim sodbi z dne 15. decembra 1995 v zadevi Bosman (C-415/93, Recueil, str. I-4921, točka 61) in z dne 1. aprila 2008 v zadevi Gouvernement de la Communauté française in Gouvernement wallon (C-212/06, ZOdl., str. I-1683, točka 29) ter v opombi 26 navedeno sodbo Gottwald (točka 17).

28 — Glej točko 44 teh sklepnih predlogov.

29 — Glej Frenz, *op. cit.* (opomba 11), str. 670, točka 2197.

30 — Glej sodbe z dne 10. marca 1987 v zadevi Komisija proti Italiji (199/85, Recueil, str. 1039, točka 14); z dne 18. novembra 1999 v zadevi Teckal (C-107/98, Recueil, str. I-8121, točka 43); z dne 17. novembra 1993 v zadevi Komisija proti Španiji (C-71/92, Recueil, str. I-5923, točka 10) in z dne 13. januarja 2005 v zadevi Komisija proti Španiji (C-84/03, ZOdl., str. I-139, točki 48 in 58).

pravice v zgoraj navedenem smislu. Zakonsko zagotovljene izključne pravice univerz za izvedbo študij in ocen potresne občutljivosti bolnišnic po naročilu javne uprave ni mogoče najti ne v italijanskem pravnem redu ne v pravu Unije. Zato je glede tega treba pritrčiti češki vladi³¹, da je treba te dejavnosti glede na njihovo naravo šteti bolj za pomožno raziskovalno dejavnost Univerze in da niso namenjene izvajanju njene temeljne naloge središča akademskega posredovanja znanja, glede katere ima univerza na področju izobraževalnega sistema vsake države članice izključno pravico.

54. Zato v sporu o glavni stvari ni mogoče uporabiti izjeme iz člena 18 Direktive 2004/18.

ii) Posebna izjema za raziskovalne in razvojne storitve

55. Dalje je treba preveriti, ali je v sporu o glavni stvari mogoče uporabiti posebno izjemo iz člena 16(f) Direktive 2004/18. V skladu s to določbo se ta direktiva ne uporablja za naročila storitev „v zvezi z raziskovalnimi in razvojnimi storitvami, razen tistih, od katerih ima koristi izključno naročnik za svoje potrebe in uporabo, pod pogojem, da opravljeno storitev v celoti plača naročnik“.

56. Zadnjenedeno je izpolnjeno, saj se je ASL Lecce pogodbeno zavezal, da bo opravil plačilo. Vendar ni jasno, ali so izpolnjeni drugi pogoji. Kajti tudi če bi lastnina na vseh rezultatih, ki izhajajo iz raziskovalne dejavnosti, na podlagi pogodbe o svetovanju pripadala ASL Lecce, bi ta moral ob objavi na tehnično-raziskovalnem področju izrecno navesti oddelek. To sproži vprašanje, koliko je ASL Lecce pripadala izključna lastnina na rezultatih raziskav. Načeloma ni mogoče izključiti, da je šlo za tak primer. Ker ni podrobnejših navedb o dejanskem stanju glede vsebine sporazuma in pravnih posledicah, ki iz tega izhajajo v skladu z nacionalnim pravom, ni mogoče z gotovostjo ugotoviti, ali je izpolnjen ta pogoj izjeme iz člena 16(f) Direktive 2004/18. Zato bi bili potrebni ugotovitev in presoja dejstev, za kar pa Sodišče v okviru postopka na podlagi člena 267 PDEU ni pristojno³². Za to je namreč pristojno nacionalno sodišče. To mora torej preveriti, ali je mogoče glede na vse okoliščine spora o glavni stvari uporabiti izjemo iz člena 16(f) Direktive 2004/18.

b) Nenapisane izjeme

57. Kot je že bilo navedeno, je Sodišče s sodno prakso razvilo dve nadaljnji izjemi, ki se nanašata na tako imenovane *in-house* posle in različne oblike medobčinskega sodelovanja³³. Primerno je, da se – glede na preizkus tega, ali ju je mogoče uporabiti v sporu o glavni stvari – predstavijo njune bistvene značilnosti.

i) *In-house* posli

58. Predpostavka *in-house* poslov je že *per definitionem* izmenjava storitev, ki se zgodi – pravno gledano – znotraj istega pravnega subjekta. *In-house* posli torej niso z vidika nabav upoštevni posli, saj naročnik opravlja storitve z lastnimi sredstvi. Z vidika javnih naročil je to dopustno, kot je Sodišče ugotovilo v sodbi Stadt Halle in RPL Lochau³⁴. V njej je Sodišče pojasnilo, da lahko „[j]avni organ, ki je

31 — Glej točki 17 in 18 vloge Češke vlade.

32 — Glej sodbi z dne 6. aprila 1962 v zadevi Bosch (13/61, Recueil, str. 101) in z dne 5. februarja 1963 v zadevi Van Gend en Loos (26/62, Recueil, str. 1).

33 — Glej *Zeleno knjigo Komisije z dne 27. januarja 2011 o modernizaciji politike EU na področju javnih naročil: Za učinkovitejši evropski trg javnih naročil*, COM(2011) 15 final, str. 24, v kateri sta navedena oba primera, ki sta bila razvita s sodno prakso Sodišča. V njej se je Komisija izrekla za to, da je treba pri razvoju zakonodajnih projektov določiti, katere oblike sodelovanja naj ne spadajo na področje uporabe direktiv o javnih naročilih. Pri tem naj bi bila upoštevana tudi spoznanja sodne prakse Sodišča.

34 — Sodba z dne 11. januarja 2005 (C-26/03, ZOdl., str. I-1).

naročnik, [...] izpolni naloge v splošnem interesu, ki so mu naložene, z lastnimi upravnimi, tehničnimi in drugimi sredstvi in se ni dolžan obrniti na zunanje subjekte, ki niso del njegovih služb“. Po mnenju Sodišča „[v] tem primeru ne gre za pogodbo z denarnim interesom, sklenjeno s pravno osebo, ki je pravno ločena od naročnika“. Zato se ne uporabljajo pravila Unije o javnih naročilih³⁵.

59. V okviru istega tematskega sklopa je obravnavan tudi primer, pri katerem javnopravna institucija odda naročilo osebi, ki je sicer pravno samostojna, vendar pa je ta oseba z njo v posebnih odnosih³⁶. Tudi pri tej problematiki gre konec koncev za to, ali gre za naročilo, za katero je obvezen razpis. Na prvi pogled se pri tem postavi vprašanje, ali sta v poslu udeleženi različni osebi, ki lahko vsakič nastopata kot naročnik in kot ponudnik. Medtem ko je mogoče to, da gre za isto osebo, zanikati že zaradi njune pravne samostojnosti, pa pogosto povzroča težave vprašanje, ali lahko za konkretni posel vsakič izkažeta lastnost naročnika in ponudnika. Pod določenimi pogoji sta lahko osebi glede neke pogodbe tako medsebojno povezani, da obveznost razpisa odpade, ker ni naročila.

60. Po mnenju Sodišča za obveznost razpisa načeloma zadostuje, da je bila pogodba sklenjena med naročnikom in osebo, ki je od njega pravno ločena. Sodišče sicer od temeljne sodbe Teckal³⁷ šteje, da razpis ni nujen, in tako navsezadnje, da gre za posel, podoben *in-house* poslu, „če javni organ, ki je naročnik, nad zadevnim subjektom izvaja podoben nadzor kot nad lastnimi službami in če ta subjekt večino svojih dejavnosti opravlja z javnim organom ali javnimi organi, ki mu ali jim pripada“³⁸.

61. Ugotoviti je treba, da v sporu o glavni stvari ne gre za nobenega od teh dveh primerov. Prvič, zadevna pogodba je bila sklenjena med različnima pravnima subjektoma. Drugič, na podlagi informacij predložitvenega sodišča³⁹ je dejstvo, da Univerza ni pod nikakršnim nadzorom ASL Lecce. Zato ne more biti govora o *in-house* poslu.

ii) Medobčinsko sodelovanje

62. Nadaljnja nenapisana izjema izhaja iz načel sodne prakse, ki so se izrazila v sodbi Komisija proti Nemčiji^{40, 41}. Iz te sodbe je mogoče razbrati, pod katerimi pogoji in v katerih oblikah je medobčinsko sodelovanje mogoče izvzeti s področja uporabe prava javnih naročil⁴². Ne nazadnje je zato priporočljivo, da se povzamejo dejstva, ki so bila povod za to odločbo, in argumentacija Sodišča.

35 — *Ibid.*, točka 48.

36 — Glej Holoubek, M., *EU-Kommentar* (ur. Jürgen Schwarze), 2. izdaja, člena 49/50 Pogodbe ES, točka 151, str. 753, ki opozarja na to, da s sodno prakso Sodišča s področja uporabe direktiv o javnih naročilih in tudi temeljnih svoboščin niso bili izvzeti le notranji odnosi v okviru pravne osebe v zvezi z naročili, ampak tudi odnosi v zvezi z naročili med javnimi organi in ločenimi subjekti.

37 — Navedena v opombi 30.

38 — Glej sodbe Teckal (navedena v opombi 30, točka 50); Stadt Halle in RPL Lochau (navedena v opombi 34, točka 49) in Komisija proti Nemčiji (navedena v opombi 3, točka 34).

39 — Glej točko 35 predložitvene odločbe.

40 — Navedena v opombi 3.

41 — Glej Chaminade, A., „Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales“, v *La Semaine Juridique - édition générale*, 2010, št. 363, str. 662, ki govori o nadaljnem razvoju sodne prakse Sodišča po sodbah, ki so se nanašale na *in-house* posle. Glej Ferk, P./Ferk, B., „Osebe javnega prava kot ponudniki“, v: *Podjetje in delo*, št. 4, str. 481, ki v zvezi s sodbo Komisija proti Nemčiji govorita o dopolnitvi dotedanje doktrine glede *in-house* poslov, ker je v njej govora o pogodbenem in ne o institucionalnem razmerju med udeleženci.

42 — Glej Pirker, B., „La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/Allemagne“, v: *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009 št. 3, str. 574; Broussy, E./Donnat, F./Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, str. 1542, ki zagovarjajo stališče, da je s sodbo Komisija proti Nemčiji utemeljena nova izjema na področju prava o javnih naročilih.

– Argumentacija Sodišča v sodbi Komisija proti Nemčiji

63. Predmet tega postopka zaradi neizpolnitve obveznosti je bil brez evropskega razpisa izveden prenos odstranjevanja odpadkov štirih upravnih okrožij Spodnje Saške – Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. in Stade – na službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg, javno podjetje v obliki osebe javnega prava. Kot nadomestilo je bilo določeno letno plačilo z mehanizmom za prilagajanje cen glede na količino odpadkov. Pogodba je bila sklenjena za 20 let. Stranki sta se dogovorili, da najpozneje pet let pred koncem te pogodbe začneta pogajanja o tem, ali naj bo pogodba podaljšana.

64. Sodišče je zavrnilo tožbo Komisije, saj v sklenitvi pogodbe o storitvah odstranjevanja odpadkov brez postopka oddaje naročila in brez evropskega razpisa ni prepoznalo kršitve Direktive 92/50. Morebitno obveznost razpisa je Sodišče v bistvu zanikalo z utemeljitvijo, da je bilo s sporno pogodbo dogovorjeno sodelovanje med lokalnimi skupnostmi pri zagotovitvi izvajanja skupne javne naloge, in sicer odstranjevanja odpadkov⁴³. Za to ugotovitev je pogodbo izčrpno analiziralo in pri tem opredelilo tiste vidike, ki so bili po njegovem mnenju značilni za medobčinsko sodelovanje. Ti vidiki so – kot bo še prikazano – hkrati merila, na podlagi katerih je mogoče določiti, ali je sporazum med javnimi organi zajet z nenapisano izjemo medobčinskega sodelovanja. Z drugimi besedami, so značilni znaki izjeme.

65. Omeniti je treba, da je z vidika Sodišča za medobčinsko sodelovanje značilno prizadevanje vseh udeleženih regionalnih in lokalnih organov, da skupaj zagotovijo učinkovito izvajanje naloge v splošnem interesu. Podlaga za upravičenost izvzetja tega področja s področja uporabe prava javnih naročil je ugotovitev – kot že v sodbi v zadevi Coditel Brabant⁴⁴ – da lahko javni organ naloge v splošnem interesu, ki so mu naložene, izvaja z lastnimi sredstvi in v sodelovanju z drugimi javnimi organi ter se ni dolžan obrniti na zunanje subjekte, ki niso del njegovih služb. Vendar po mnenju Sodišča ta avtonomija predpostavlja, da mora naročnik imeti tudi svobodo, da sodeluje z drugimi naročniki in tako združuje vsakokratna lastna sredstva⁴⁵. Na podlagi te argumentacije je Sodišče javnim organom prav tako priznalo pravico svobodne izbire, v kateri pravni obliki želijo sodelovati pri skupnem opravljanju svojih javnih nalog – bodisi zgolj s preprosto pogodbo tako kot tukaj bodisi institucionalizirano⁴⁶ po posebej ustanovljeni osebi javnega prava. To je po eni strani utemeljilo s formalno trditvijo, da ni pravnega predpisa Unije, s katerim bi bila v tem smislu predpisana posebna pravna oblika⁴⁷. Po drugi strani teleološko tudi ni videlo nobene potrebe po ustrezni formalizaciji sodelovanja, če to ne povzroči izkrivljanja konkurence na področju javnih naročil na notranjem trgu in tako do diskriminacije drugih oseb⁴⁸.

43 — Glej v opombi 3 navedeno sodbo Komisija proti Nemčiji (točka 37).

44 — Glej sodbo z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant (C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 48).

45 — Glej v opombi 3 navedeno sodbo Komisija proti Nemčiji (točka 45).

46 — Glej Steiner, M., „Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?“, v: *European Law Reporter*, 2009, str. 283, ki glede dejanskega stanja, na katerem je temeljila sodba Komisija proti Nemčiji, govori o dejansko „institucionaliziranem sodelovanju“.

47 — Glej v opombi 3 navedeno sodbo Komisija proti Nemčiji (točka 47).

48 — *Ibid.*.

– Merila, ki jih je določilo Sodišče

66. Drugače kot pri sodni praksi v zvezi z *in-house* posli, kjer je Sodišče že v sodbi Teckal odločilni merili strnilo v jedrnat izrek, v tej temeljni odločbi ni mogoče najti primerljive jedrnate formule, pod katerimi pogoji bi bilo mogoče – in ne le za zadevo, v kateri je bila sprejeta odločitev – medobčinsko sodelovanje, za katero ne velja pravo javnih naročil, na splošno šteti za dopustno. Vendar je mogoče, kot je že bilo navedeno, iz argumentacije Sodišča izluščiti vrsto odločilnih pogojev, ki morajo biti hkrati izpolnjeni. V skladu z njimi Sodišče šteje, da medobčinsko sodelovanje ne spada na področje uporabe prava javnih naročil, če so izpolnjeni ti pogoji:

- gre za izvajanje skupne naloge oziroma skupnih nalog v splošnem interesu, ki so povezane z uresničevanjem ciljev v splošnem interesu;
- izvajajo jih izključno javni organi brez udeležbe zasebnih subjektov;
- izvajajo se na pogodbeni podlagi ali v institucionalizirani pravni obliki, na primer interesnem združenju;
- nobeno zasebno podjetje v zvezi s sklenitvijo pogodbe ni obravnavano ugodneje od konkurentov;
- cilj pogodbe ni zaobitje prava javnih naročil.

67. Proti neposredni uporabi te sodne prakse v sporu o glavni stvari bi lahko načeloma navedla, da v njem – drugače kot pri dejanskem stanju, na katerem je temeljila sodba Komisija proti Nemčiji – ne gre za sodelovanje med regionalnimi ali lokalnimi organi. Predmet obravnavane zadeve je namreč bolj pogodbeni dogovor med organom lokalne skupnosti in osebo javnega prava. Ob upoštevanju teh ugotovitev bi moralo biti obravnavano vprašanje, koliko je na podlagi te sodne prakse mogoče izhajati iz izjeme, s katero so zajete oblike sodelovanja, kakršno je sporno v tej zadevi.

iii) Kategorija „javno-javnega partnerstva“

– Razširitev izjeme na različne oblike sodelovanja med javnimi organi

68. Natančno branje sodbe Komisija proti Nemčiji razkrije, da izjema, ki jo je razvilo Sodišče, načeloma ne nasprotuje takim oblikam sodelovanja.

69. V potrditev te domneve je, prvič, mogoče navesti, da je šlo v navedeni zadevi za pogodbo med službo za odvoz odpadkov mesta Hamburg in štirimi sosednjimi upravnimi okrožji, pri tem pa je treba opozoriti na okoliščino, da je šlo pri službi za odvoz odpadkov mesta Hamburg za osebo javnega prava, in ne za lokalno skupnost⁴⁹. Drugič, upoštevati je treba, da Sodišče v sodbi pogosto uporablja nevtralni pojem „javni organ“⁵⁰, s čimer daje vedeti, da sodelovanje – kot predpostavka za uporabo nenapisane izjeme – ni na voljo le občinam⁵¹. Omejitev izjeme izključno na sodelovanje regionalnih ali lokalnih organov bi bilo zaradi različnih oblik upravne ureditve v zadevnih državah članicah tudi preveč formalistično in težko razumljivo. Ob upoštevanju teh ugotovitev je dosledneje, da se področje uporabe te nenapisane izjeme razume širše in zato raje govori o „sodelovanju med javnimi organi“.

49 – V tem smislu Wagner, S., „Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen“, v: *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, str. 328.

50 – Glej v opombi 3 navedeno sodbo Komisija proti Nemčiji (točke 34, 44, 45 in 47).

51 – V tem smislu Öhler, M./Gruber, C., „Zusammenarbeit“ iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt“, v: *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, str. 288.

70. Tako je treba izhajati iz tega, da je lahko s to nenapisano izjemo načeloma zajet tudi primer, v katerem sta kot pogodbeni stranki udeleženi zdravstveni organ in univerza.

– Izpolnjevanje pogojev v sporu o glavni stvari

71. Da bi se lahko ASL Lecce in Univerza sklicevala na to nenapisano izjemo, morajo biti v sporu o glavni stvari izpolnjeni pogoji, ki označujejo sodelovanje med javnimi organi. Ni sporno, da gre za pogodbeni dogovor med izključno javnimi organi brez kakršne koli oblike zasebne udeležbe, s čimer je že takoj izpolnjenih več pogojev. Vendar pa je težava pri drugih pogojih in potrebna je njihova podrobnejša preučitev.

Izvajanje naloge v splošnem interesu

72. Eno najbolj spornih vprašanj v obravnavani zadevi je, ali sta obe stranki zadevno pogodbo sklenili zaradi izvajanja naloge v *splošnem interesu*.

73. Kot je bilo že pojasnjeno, je bila Univerza zaprosena, naj opravi študijo in oceno potresne občutljivosti bolnišnic v provinci Lecce. Ta dela so morala biti opravljena po nacionalnih predpisih, ki so bili sprejeti na področju varnosti objektov, še zlasti strateških zgradb. Kakor je navedel ASL Lecce⁵² v pisnih stališčih, so bili rezultati te študije namenjeni temu, da se uporabijo kot podlaga za bodoče lastne projekte za izboljšanje potresne varnosti zadevnih objektov. Iz tega je mogoče sklepati, da je ASL Lecce z naročilom študije pravzaprav želel izpolniti obveznost, ki mu je bila naložena z nacionalnim pravom zaradi zagotavljanja varnosti bolnišnic. Taka naloga služi splošnemu interesu in spada v pristojnost države.

74. Zato sta stranki sporno pogodbo sklenili zaradi izvajanja naloge v splošnem interesu.

Sodelovanje zaradi izvajanja skupne javne naloge

75. Poleg tega se zahteva, da sodelovanje služi izvajanju *skupne* javne naloge⁵³. Zato ni dovolj, da se zakonska obveznost za opravljanje sporne javne naloge nanaša le na enega od udeleženi javnih organov, medtem ko drugi nastopa v vlogi pomočnika pri izpolnitvi, ki na podlagi naročila prevzame izvedbo te tuje naloge. To se zdi prepričljivo, kajti če se upošteva etimološki pomen besede „sodelovanje“, je bistvo takega sodelovanja vendarle prav skupna strategija strank, ki temelji na medsebojni izmenjavi in določitvi vsakokratnih interesov. Enostransko sledenje lastnim interesom zgolj enega udeleženca je težko opisati kot „sodelovanje“ v zgoraj navedenem smislu⁵⁴.

76. Konkretni znaki za ustrezno zahtevo po resničnem sodelovanju med javnimi organi so podani v ugotovitvah Sodišča v sodbi Komisija proti Nemčiji⁵⁵, ki so se nanašali na posebno obliko sodelovanja med štirimi lokalnimi skupnostmi in osebo javnega prava, ki jim je omogočila izvajanje skupne javne naloge, in sicer odstranjevanja odpadkov. Sodišče je v svojih ugotovitvah izrecno opozorilo na ta vidik. Kot je ugotovilo, je bilo za to razmerje med strankami značilno priznanje medsebojnih pravic in obveznosti. Poleg tega so bile pogodbene stranke zavezane k medsebojni pomoči in medsebojnemu upoštevanju. Sodba je tako temeljila na izmenjavi, ki je presegala zgolj plačilo za opravljanje storitev⁵⁶.

52 — Glej str. 3 vloge ASL Lecce.

53 — Glej Struve, T., „Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit“, v *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, str. 807; Veldboer, W., „Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil ‚Hamburger Stadtreinigung‘“, v: *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, str. 360.

54 — Glej Öhler, M./Gruber, C., navedeno zgoraj (opomba 51), str. 289, ki zahtevata, da je sporazum med javnimi organi „kooperativne narave“.

55 — Sodna Komisija proti Nemčiji, navedena v opombi 3, točka 37.

56 — V tem smislu Struve, T., navedeno zgoraj (opomba 53).

77. Kot so pravilno ugotovili poljska vlada⁵⁷, CNI⁵⁸ in Komisija⁵⁹, pa se spor o glavni stvari bistveno razlikuje od zgoraj predstavljenega dejanskega stanja, saj se cilji udeleženih javnih organov med seboj razlikujejo. Medtem ko le za ASL Lecce velja zakonska obveznost glede študije in ocene potresne občutljivosti bolnišnic, je vloga Univerze po zakonu znanstveno raziskovanje. Ta vloga je dopolnjena s tradicionalno funkcijo središč akademskega posredovanja znanja, na katero je že bilo opozorjeno⁶⁰. Ob upoštevanju teh ugotovitev se zdi jasno, da za študijo in oceno potresne občutljivosti bolnišnic ni mogoče šteti, da spadata v izvirno pristojnost Univerze. Ob raziskavi konkretnih vidikov spora o glavni stvari je treba ugotoviti, da Univerza nima nobenega ustreznega zakonskega pooblastila. To je bilo ugotovljeno že pri analizi člena 18 Direktive 2004/18⁶¹. Prav tako malo znakov je, da bi se Univerza sama zavzemala za to nalogo. Vendar ima potrebno strokovno znanje ter personalno in materialno opremljenost za izvajanje te naloge. Ta sredstva uporablja ASL Lecce zaradi izpolnitve svoje zakonske naloge. ASL Lecce je tako deloma uporabnik sredstev Univerze. V končni fazi pa se sledi samo interesom ASL Lecce.

78. V zvezi s tem je pomembna narava odnosa udeležencev. Sodelovanje med javnimi organi ima lahko, kot je mogoče povzeti iz sodbe Komisija proti Nemčiji, različne oblike: ali na institucionalni podlagi z ustanovitvijo subjekta, ki je prilagojen potrebam udeležencev in na katerega se prenesejo pooblastila ali po katerem se pooblastila skupno izvajajo, ali tudi na pogodbeni podlagi s sklenitvijo pogodbe o sodelovanju ali sporazuma o izvajanju skupne javne naloge⁶². V sporu o glavni stvari ni podanega nič podobnega. S pogodbo o svetovanju, sklenjeno med ASL Lecce in Univerzo, nista določena ne podlaga ne pravni okvir za sodelovanje zaradi izvajanja skupne javne naloge. Namesto tega je v njej predvidena zgolj ena storitev v obliki strokovnega svetovanja, za katero je treba plačati. Konec koncev ASL Lecce „kupi“ študijo Univerze, zlasti ker na njej pridobi izključno lastninsko pravico in lahko z njo poljubno razpolaga. Po drugi strani pa je Univerza za to študijo spet denarno poplačana, pri tem pa je spet treba opozoriti, da to, da plačilo samo pokrije stroške, ne spremeni ničesar glede odplačnosti storitve⁶³.

79. Poleg tega za zadevno pogodbo o svetovanju – drugače kot za pogodbeni dogovor, ki je bil podlaga za sodbo Komisija proti Nemčiji – ni predvidena medsebojna obveznost pomoči. Pri tem okoliščina, da naj bi se predvidene dejavnosti izvajale v tesnem sodelovanju med delovno skupino, ki jo določi ASL Lecce, in univerzitetno delovno skupino, ne more ničesar spremeniti, saj je bilo mogoče v skladu s pogodbo angažirati tudi zunanje osebe. Medsebojna obveznost podpore naj bi bila torej omejena in naj očitno ne bi presegala tega, kar je bilo nujno, da se je univerzitetni delovni skupini omogočila izvedba študije.

80. Poleg tega je iz pisnih stališč ASL Lecce⁶⁴ mogoče razbrati, da med delovnima skupinama, ki sta ju za izvajanje domnevno skupne javne naloge imenovala ASL Lecce in Univerza, ni bilo prave izmenjave. Delovna skupina ASL Lecce naj bi se na podlagi ugotovljenih rezultatov, to je po tem, ko je Univerza opravila študijo, nasprotno, posvečala izdelavi konceptov za izboljšavo varnosti preiskanih objektov. S tem dejstvom je podkrepljena že izražena domneva, da je ASL Lecce dejansko naročil izvedensko mnenje in zanj plačal.

57 — Glej točko 22 vloge poljske vlade.

58 — Glej str. 6 vloge CNI, ki v tej vlogi celo zanika, da sta študija in ocena potresne občutljivosti bolnišnic sploh zakonska obveznost ASL Lecce.

59 — Glej točko 86 vloge Komisije.

60 — Glej točko 53 teh sklepnih predlogov.

61 — Glej točko 53 teh sklepnih predlogov.

62 — V tem smislu Dreyfus, J.-D. Rodrigues, S., „La coopération intercommunale confortée par la CJCE?“, v: *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, str. 1720.

63 — Glej točko 34 teh sklepnih predlogov.

64 — Glej str. 3 vloge ASL Lecce.

81. Glede na vse navedeno je treba ugotoviti, da s sporno pogodbo o svetovanju ni vzpostavljeno pravo sodelovanje med udeležanima javnima organoma v smislu sodne prakse, to je sodelovanje, katerega namen je izvajanje skupne javne naloge. Bolj gre za pogodbo o storitvah, ki se opravljajo proti plačilu.

Zasebno podjetje ne sme biti obravnavano ugodneje od konkurentov

82. Poleg tega se po merilih, ki jih je postavilo Sodišče, pri izbiranju ponudnika storitve za izvedbo študije nobeno zasebno podjetje ne bi smelo obravnavati ugodneje od konkurentov.

83. Kakor je bilo ugotovljeno na začetku, Univerza nastopa kot „gospodarski subjekt“ v smislu člena 1(9) Direktive 2004/18⁶⁵. Zato je imela z vidika prava javnih naročil enak pravni položaj kot zasebno podjetje. Zaradi dejstva, da je Univerza dobila naročilo, ne da bi bil izveden javni razpis, je bila ugodneje obravnavana v primerjavi z združenji inženirjev in arhitektov, ki bi morda prav tako lahko izdelala sporno študijo.

84. Ta pogoj logično nujno predpostavlja, da so konkurenti sploh obstajali. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da ASL Lecce v pisnih stališčih ne zanika izrecno, da bi lahko sporno študijo opravili tudi drugi gospodarski subjekti. Sicer hvali ekonomičnost, materialno opremljenost in usposobljenost Univerze⁶⁶, nikakor pa drugim gospodarskim subjektom, na primer inženirskim ali arhitekturnim birojem, ne odreka temeljne sposobnosti v zvezi s tem. Trditev v tem smislu bi glede na navedbe CNI⁶⁷, ki podpira tezo, da taka dejavnost bolj spada v izvirno pristojnost inženirjev in arhitektov, le težko vzdržala. Čeprav je ASL Lecce na ustni obravnavi pravilno postavil svoje stališče, in sicer v tem smislu, da bi se z zapleteno nalogo od inženirskih ali arhitekturnih birojev zahtevalo preveč, pa vseeno ni mogel na vprašanje Sodišča o tem oporekati, da bi bile morda tudi druge univerze in zasebne raziskovalne ustanove doma in v tujini dorasle zahtevam naloge.

85. To vprašanje bo moralo dokončno razjasniti nacionalno sodišče, pristojno za ugotovitev dejstev. Pri tem mora presoditi, ali so bili zahtevani postopki študije in ocene potresne občutljivosti dejansko tako zapleteni, da bi lahko končno le navedena univerza – in nobena druga – izvedla študijo. Za ta postopek za sprejetje predhodne odločbe zadostuje ugotovitev, da bi ASL Lecce najverjetneje lahko izbral med različnimi morebitnimi konkurenti, če bi objavil javni razpis za izvedbo navedene študije.

86. Zato je bila Univerza v zvezi s sklenitvijo pogodbe ugodneje obravnavana v primerjavi z morebitnimi konkurenti, tako da ni izpolnjen še en pogoj za uporabo nenapisane izjeme.

Pravo javnih naročil se ne sme zaobiti

87. Kot nadaljnji pogoj za uporabo nenapisane izjeme v sporu o glavni stvari se zahteva, da s sklenitvijo pogodbe niso bile zaobite določbe prava javnih naročil.

88. V zvezi s tem pogojem je treba pritrditi mnenju poljske vlade⁶⁸, da je izkrivljanje konkurence mogoče videti že v okoliščini, da ni bilo razpisa, čeprav bi sporno študijo najverjetneje lahko izvedla tudi taka združenja inženirjev in arhitektov, ki so konkurirala Univerzi. Glede tega se ne sme pozabiti omeniti, da bi bilo prav v interesu ASL Lecce kot naročnika, da dostop do naročila omogoči kar največ konkurentom. Kot je Sodišče pojasnilo v sodbi CoNISM⁶⁹, je eden od ciljev pravil Unije o javnih naročilih vzpostaviti čim večjo konkurenco. Za to odpiranje za čim večjo konkurenco si je

65 — Glej točki 27 in 28 teh sklepnih predlogov.

66 — Glej str. 23 in 24 vloge ASL Lecce.

67 — Glej str. 2 vloge CNI.

68 — Glej točko 23 vloge poljske vlade.

69 — Sodba CoNISM, navedena v opombi 6, točka 37.

treba prizadevati ne le v interesu Unije za prosti pretok blaga in storitev⁷⁰, ampak tudi v lastnem interesu udeleženega naročnika, ki ima tako v zvezi s ponudbo, ki je gospodarsko najugodnejša in najbolj ustreza potrebam zadevnega javnega organa, na voljo večjo izbiro. To možnost je ASL Lecce zapravljal s tem, da potencialnim ponudnikom ni dal priložnosti za predložitev ponudb.

89. Ob upoštevanju teh ugotovitev se trditev ASL Lecce⁷¹, da je oddaja naročila Univerzi pomenila precejšen prihranek stroškov, ne zdi prepričljiva, zlasti ker zaradi neizvedenega javnega razpisa ni imel možnosti, da dobi vpogled v ponudbe drugih morebitnih konkurentov. Ne le da ASL Lecce ni predložil dokaza za to trditev, ampak tudi ni mogel prepričljivo dokazati, kako je izračunal predvideni znesek 800.000 EUR, ki bi ga po njegovem mnenju zahtevali drugi konkurenti, če bi mogli izvesti študijo. Namigovanje, da bi lahko le Univerza izvedla sporno študijo po tako ugodni ceni, ki ni podprto z dejstvi, kaže na kršitev cilja prava javnih naročil.

90. Če bi naročnikom dovolili, da se – prek področja javno-javnega partnerstva – obrnejo na druge javne organe za pridobitev storitev, ne da bi pri tem spoštovali pravila prava javnih naročil, bi se bilo treba bati, da se ta pravila dolgoročno ne bi spoštovala, kar bi preprečilo cilj Unije, da se zagotovijo svoboda ustanavljanja in svoboda opravljanja storitev ter neomejena konkurenca na notranjem trgu. Da bi to preprečili, je potreben strog nadzor nad upoštevanjem meril, ki jih je postavilo Sodišče v sodbi Komisija proti Nemčiji.

91. Tako je treba ugotoviti, da je bil cilj pogodbe, sklenjene med ASL Lecce in Univerzo, zaobiti pravo javnih naročil. Tudi to dejstvo govori proti uporabi nenapisane izjeme.

– Argumenti proti opredelitvi „javno-javno partnerstvo“

92. Z gornjo analizo se je izkazalo, da ni izpolnjena vrsta pogojev za opredelitev skupnega delovanja javnih organov v sporu o glavni stvari kot „javno-javnega partnerstva“. To velja zlasti za zahtevo po sodelovanju za izvajanje skupne javne naloge⁷². Niti ni mogoče prepoznati pravega „sodelovanja“ v običajnem smislu niti udeleženca ne sledita skupnemu cilju, ki jima je predpisan z zakonom. Bolj gre za primer, pri katerem en javni organ stroškovno ugodno uporablja sredstva drugega javnega organa. Pravno gledano gre za pogodbo o opravljanju storitev, ki se opravljajo proti plačilu. Dalje govori proti izključitvi zadevnega posla s področja uporabe prava javnih naročil dejstvo, da je bila Univerza v zvezi s sklenitvijo pogodbe ugodneje obravnavana v primerjavi z morebitnimi konkurenti⁷³ in da je bil cilj sporne pogodbe zaobiti pravo javnih naročil⁷⁴. Zaradi te ugotovitve ni mogoče govoriti o „javno-javnem partnerstvu“.

c) Vmesni predlog

93. Skleniti je treba, da ni mogoče uporabiti izjeme, s katero bi bila izključena uporaba Direktive 2004/18.

70 — S pravom o javnih naročilih so v interesu konkurence postavljene omejitve samostojnega zasebnega ravnanja javnih organov ravno glede izbire pogodbenih partnerjev. Glej v zvezi z vplivom ciljev politik notranjega trga na zasebno pravo Wendehorst, C., „Methodenlehre und Privatrecht in Europa“, v: *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Dunaj 2011, str. 829.

71 — Glej str. 15 vloge ASL Lecce.

72 — Glej točko 81 teh sklepnih predlogov.

73 — Glej točko 86 teh sklepnih predlogov.

74 — Glej točko 91 teh sklepnih predlogov.

4. Sklep

94. Tako je treba ugotoviti, da je sporno naročilo študije in ocene potresne občutljivosti nekaterih bolnišnic posel, za katerega je obvezna oddaja javnega naročila, za katerega se uporabi Direktiva 2004/18. Ker v sporu o glavni stvari ni bilo razpisa, je podana kršitev direktive. Ker so z nacionalnim pravom dovoljeni sporazumi, kakršen je ta med ASL Lecce in Univerzo, tudi to pravo ni v skladu z navedeno direktivo.

95. Torej je treba Direktivo 2004/18, natančneje, njene člene 1(2)(a) in (d), 2 in 28 ter Prilogo II, kategoriji 8 in 12, razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki dovoljuje sklenitev pisnih sporazumov med naročnikom in javnopravno ustanovljeno univerzo za izvedbo študije in ocene potresne občutljivosti bolnišnic, ki se opravita na podlagi nacionalnih predpisov na področju varnosti objektov, še zlasti strateških zgradb, za plačilo, ki ne presega stroškov, potrebnih za opravo storitve, kadar je univerzo, pri kateri je izvedba naročena, mogoče šteti za gospodarski subjekt.

VII – Predlog

96. Ob upoštevanju vseh navedenih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo Consiglio di Stato, odgovori:

Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, natančneje, njene člene 1(2)(a) in (d), 2 in 28 ter Prilogo II, kategoriji 8 in 12, je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni ureditvi, ki dovoljuje sklenitev pisnih sporazumov med naročnikom in javnopravno ustanovljeno univerzo za izvedbo študije in ocene potresne občutljivosti bolnišnic, ki se opravita na podlagi nacionalnih predpisov na področju varnosti objektov, še zlasti strateških zgradb, za plačilo, ki ne presega stroškov, potrebnih za opravo storitve, kadar je univerzo, pri kateri je izvedba naročena, mogoče šteti za gospodarski subjekt.