



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 27. aprila 2017¹

Zadeva C-567/15

**UAB „LitSpecMet“
proti
UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas,
ob udeležbi
UAB „Plienmetas“**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni, Litva))

„Vprašanje za predhodno odločanje – Javna naročila gradenj, blaga in storitev – Direktiva 2004/18/ES – Javna naročila v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju – Direktiva 2004/17/ES – Pojem naročnika – Družba, katere kapital je v lasti države prek druge državne družbe – Izjema „in house““

1. S tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe se Sodišču ponuja priložnost, da razširi svojo sodno prakso na področju postopkov javnega naročanja. Zlasti bo znova moralo precizirati pojem „naročnik“ v smislu Direktive 2004/17/ES² in Direktive 2004/18/ES³.

2. Vprašnji, ki ju je postavilo predložitveno sodišče, izhajata iz spora, v katerem gre za izpodbijanje postopka javnega naročanja, ki ga je zunaj okvira teh Direktiv začela delniška družba,⁴ katere stoddotna lastnica je litovska državna železniška družba⁵ (katere status naročnika ni sporen), ki ji prvonavedena družba dobavlja določeno blago in storitve. Hčerinska družba kljub svoji povezanosti z matično družbo trdi, da ni „oseba javnega prava“ v smislu direktiv o javnem naročanju, saj ni bila ustanovljena zato, „da zadovoljuje potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave“.

3. Spor je bil sprva osredotočen na naravo dejavnosti, ki jo opravlja družba VLRD, da bi se ugotovilo, ali je njen *neposreden* namen zadovoljevanje potrebe splošnega interesa, ki ni industrijske ali poslovne narave. Med postopkom pred Sodiščem se je poleg tega razpravljalo, ali družba VLRD s tem, da prodaja blago in storitve družbi LG, ki pa oskrbuje takšne potrebe, te zadovoljuje *posredno* in se jo zato lahko šteje za naročnika v smislu zgoraj navedenih direktiv.

1 Jezik izvornika: španščina.

2 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštne storitve (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19).

3 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

4 UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas (v nadaljevanju: VLRD).

5 AB Lietuvos Geležinkeliai (v nadaljevanju: LG).

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2004/17

4. Člen 2 določa:

„1. Za namene te direktive:

- (a) ‚naročniki‘ pomenijo državne, regionalne ali lokalne organe, osebe javnega prava in združenja, ki jih sestavljajo en ali več teh organov ali en ali več teh oseb javnega prava; ‚oseba javnega prava‘ pomeni vsako osebo:
- ki je ustanovljena samo zato, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa in nima [ki niso] industrijske ali tržne narave,
 - ki je pravna oseba, in
 - jo pretežno financirajo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava ali je njeno vodstvo pod nadzorom teh organov ali pa ima upravni, vodstveni ali nadzorni odbor, katerega več kakor polovico članov imenujejo državni, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava;

[...]

2. Ta direktiva se uporablja za naročnike:

- (a) ki so javni organi ali javna podjetja in opravljajo eno od dejavnosti iz členov 3 do 7;

[...]“.

5. Člen 5 določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za dejavnosti v zvezi z zagotavljanjem ali upravljanjem omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železnice, avtomatiziranih sistemov, tramvajev, trolejbusov, avtobusov ali žičnic.

Pri prevoznih storitvah se šteje, da omrežje obstaja, kadar se storitev opravlja v skladu s pogoji delovanja, ki jih predpiše pristojni organ države članice, na primer stanje poti, ki se bo oskrbovala, zmogljivost, ki se bo dala na voljo, ali pogostnost storitve.

2. Ta direktiva se ne uporablja za subjekte, ki opravljajo javni avtobusni prevoz in so bile izključene iz področja uporabe Direktive 93/38/EGS^[6] v skladu s členom 2(4) navedene direktive.“

⁶ Direktiva Sveta z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 194).

2. Direktiva 2004/18

6. Člen 1(9) določa:

„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 [ki nimajo industrijskega ali tržnega] 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 upravljavski 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.

Informativni sezname subjektov in kategorij oseb javnega prava, ki izpolnjujejo merila iz (a), (b) in (c) drugega pododstavka, so navedeni v Prilogi III. Države članice redno obveščajo Komisijo o vseh spremembah njihovih seznamov oseb in kategorij oseb.“

3. Direktiva 2014/24/EU⁷

7. V uvodni izjavi 10 je navedeno:

„Sodišče Evropske unije je v svoji sodni praksi večkrat preučilo pojma ‚javni naročniki‘ in zlasti ‚osebe javnega prava‘. V pojasnilo, da bi moralo področje uporabe te direktive, kar zadeva osebno veljavnost, ostati nespremenjeno, je primerno obdržati opredelitev, na katero se je oprlo Sodišče, in vključiti nekatera pojasnila iz navedene sodne prakse kot ključ za razumevanje opredelitev samih, pri čemer ni namen spreminjati razumevanje pojma, kakor je podrobno opredeljen v sodni praksi. V ta namen bi bilo treba pojasniti, da se oseba, ki deluje v običajnih tržnih pogojih in si prizadeva za dobiček ter nosi izgube, ki izhajajo iz opravljanja njene dejavnosti, ne bi smela šteti za ‚osebo javnega prava‘, saj se lahko šteje, da so potrebe splošnega interesa, za katerih izpolnjevanje je bila ustanovljena ali zadolžena, industrijske ali poslovne narave.

Podobno je bil v sodni praksi preučen tudi pogoj glede izvora financiranja zadevne osebe, s katero se je med drugim pojasnilo, da ‚pretežno‘ financiranje pomeni več kot polovično in da so lahko del takega financiranja plačila uporabnikov, ki so določena, izračunana in prejeta v skladu s pravili javnega prava.“

8. Člen 2(1), točka 4, določa opredelitev „osebe javnega prava“, ki je podobna tej, določeni v členu 1(9) Direktive 2004/18.

⁷ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

9. Člen 12(1) določa:

„Javno naročilo, ki ga javni naročnik odda pravni osebi zasebnega ali javnega prava, ne spada v področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

- (a) javni naročnik obvladuje zadevno pravno osebo podobno kot svoje službe;
- (b) odvisna pravna oseba izvaja več kot 80 % svojih dejavnosti za izpolnitev nalog, ki ji jih je dal javni naročnik, ki jo obvladuje, ali ki so ji jih dale druge pravne osebe, ki jih obvladuje ta javni naročnik, in
- (c) v odvisni pravni osebi neposreden zasebni kapital ni udeležen, razen v obliki neobvladujočega in nekontrolnega deleža zasebnega kapitala, ki se – v skladu s Pogodbama – zahteva z določbami nacionalne zakonodaje in ki ne vpliva odločilno na odvisno pravno osebo.

Šteje se, da javni naročnik obvladuje pravno osebo podobno kot svoje službe v smislu točke (a) prvega pododstavka, če odločilno vpliva na strateške cilje in pomembne odločitve odvisne pravne osebe. Tako obvladovanje lahko izvaja tudi druga pravna oseba, ki jo na enak način obvladuje javni naročnik.“

B. Nacionalno pravo

10. Direktiva 2004/18 je bila v litovsko pravo prenesena z Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (zakon o javnem naročanju; v nadaljevanju: ZJN).

11. Člen 4 določa:

„(1) Naročnik je:

1. državni ali lokalni organ;
2. pravna oseba javnega ali zasebnega prava, ki izpolnjuje pogoje, določene v odstavku 2 tega člena;
3. združenje organov iz točke 1 tega odstavka in/ali pravnih oseb javnega ali zasebnega prava iz točke 2 tega odstavka;
4. naročniki, ki delujejo v vodnem, energetske, transportnem in poštnem sektorju, navedeni v členu 70(1), točke od 2 do 4, tega zakona.

(2) Pravna oseba javnega ali zasebnega prava (pri kateri ne gre za državne ali lokalne organe), ki je bila ustanovljena s posebnim namenom, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave, in ki izpolnjuje vsaj enega od teh pogojev:

1. več kot 50 % njene dejavnosti se financira iz proračuna države ali lokalnih skupnosti ali z drugimi sredstvi države ali lokalnih skupnosti ali s sredstvi drugih pravnih oseb javnega ali zasebnega prava iz tega odstavka;
2. nadzira (upravlja) jo državni ali lokalni organ ali druge osebe javnega ali zasebnega prava iz tega odstavka;
3. več kot polovico članov njenega upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa imenujejo državni ali lokalni organi ali pravne osebe javnega ali zasebnega prava iz tega odstavka.

[...]“

12. Člen 10(5) določa:

„Določbe tega zakona se ne uporabijo, če naročnik sklene pogodbo s subjektom, ki je od njega pravno ločen in nad katerim izvaja podoben nadzor kot nad lastnimi službami in organi ter katerega izključni lastnik je (ali v razmerju do katerega izvaja pravice in obveznosti države ali lokalne oblasti kot edini družbenik), in če je nadzorovani subjekt vsaj 90 % prometa v preteklem poslovnem letu (ali v obdobju, ki je minilo od njegove ustanovitve, če svojo dejavnost izvaja manj kot eno poslovno leto) ustvaril z dejavnostmi, ki so namenjene zadovoljevanju potreb naročnika ali omogočanju njegovega delovanja. Za objavo javnega razpisa pod pogoji iz tega odstavka je potrebno dovoljenje organa za javno naročanje [...]“

II. Dejansko stanje

13. Družba VLRD je bila ustanovljena leta 2003 v okviru preoblikovanja državne železniške družbe LG kot njena stoddstotna hčerinska družba.

14. Poslovna dejavnost družbe VLRD je izdelava ter vzdrževanje lokomotiv in vagonov. V obdobju, ki je upoštevno za spor v glavni stvari, je družba VLRD približno 90 % svojega poslovnega prometa ustvarila z naročili družbe LG.

15. Družba VLRD je leta 2013 začela poenostavljen odprti postopek za oddajo javnega naročila za dobavo tirnic iz železnih kovin (v nadaljevanju: postopek oddaje javnega naročila). V skladu z razpisno dokumentacijo naj bi se postopek oddaje javnega naročila vodil v skladu z začasnim pravilnikom družbe VLRD o javnih naročilih.

16. Družba UAB LitSpecMet (v nadaljevanju: LitSpecMet) je v postopku oddaje javnega naročila predložila ponudbo in pridobila naročilo za del dobave.

17. Vendar je družba LitSpecMet zahtevala razveljavitev postopka oddaje javnega naročila in začetek novega postopka v skladu z ZJN. V utemeljitev svojega zahtevka je na eni strani navedla, da je bila družba VLRD ustanovljena, da bi zadovoljevala potrebe družbe LG, torej družbe, ki jo financira država in ki ji je bilo poverjeno izvajanje javne storitve, na drugi pa, da pogoji, pod katerimi je družba VLRD za matično družbo izvajala storitve in dobave, ne ustrezajo običajnim pogojem konkurence. Iz tega po mnenju družbe LitSpecMet izhaja, da je namen dejavnosti družbe VLRD zadovoljevanje potreb splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave, in da gre zato za naročnika, za katerega se uporabljajo pravila javnega naročanja.

18. Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni, Litva) je predloge družbe LitSpecMet zavrnilo s sodbo z dne 2. junija 2014, ki jo je Lietuvos apeliacinis teismas (litovsko pritožbeno sodišče) potrdilo s sodbo z dne 25. septembra 2014.

19. Obe sodišči sta menili, da na podlagi člena 4(2) ZJN za to, da se oseba javnega ali zasebnega prava šteje za naročnika, ni dovolj dokazati, da je povezana s podjetjem javnega sektorja ali da jo to nadzira. Dokazati naj bi bilo treba tudi, da je namen njene dejavnosti zadovoljevanje splošnih interesov, ki niso industrijske ali poslovne narave, kar pa naj v primeru družbe VLRD ne bi bilo podano, saj naj bi šlo za družbo, ki je bila ustanovljena za izvajanje poslovne dejavnosti in ustvarjanje dobička in ki sama nosi s tem povezana tveganja.

20. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (civilni senat) (litovsko vrhovno sodišče) je s sodbo z dne 27. maja 2015 razveljavilo sodbo pritožbenega sodišča. Menilo je, da sodišči, ki sta odločali na nižjih stopnjah, nista ustrezno presodili okoliščin ustanovitve družbe VLRD, posebno naravo njene dejavnosti in njenih odnosov z matično družbo.

21. Primer je bil vrnjen Lietuvos apeliacinis teismas (litovsko pritožbeno sodišče) v ponovno odločanje, ki je s sodbo z dne 14. julija 2015 razveljavilo sodbo Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni) z dne 2. junija 2014 in zadevo vrnilo v ponovno sojenje temu sodišču, ki je pri Sodišču vložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe.

III. Predlog za sprejetje predhodne odločbe

22. V sodno tajništvo Sodišča je 9. novembra 2015 prispel predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki vsebuje ti vprašanji:

„Ali je treba člen 1(9) Direktive 2004/18/ES razlagati tako, da se družba:

- ki jo je ustanovil naročnik, ki opravlja dejavnost na področju železniškega prevoza, in sicer upravljanje javne železniške infrastrukture ter prevoz potnikov in tovora;
- ki neodvisno opravlja gospodarsko dejavnost, določa poslovno strategijo, sprejema odločitve o pogojih delovanja družbe (trg proizvodov, segment strank in podobno), sodeluje na konkurenčnem trgu v celotni Evropski uniji in zunaj trga Unije, zagotavlja storitve izdelave in popravil tirnih vozil ter sodeluje v postopkih za oddajo javnih naročil, povezanih s to dejavnostjo, pri čemer si prizadeva pridobiti naročila od tretjih oseb (ne od matične družbe);
- ki zagotavlja storitve popravil tirnih vozil svojemu ustanovitelju na podlagi *in house* poslov, vrednost teh storitev pa predstavlja 90 % celotne dejavnosti družbe;
- katere storitve, ki jih opravlja za svojega ustanovitelja, so namenjene zagotovitvi ustanoviteljeve dejavnosti prevoza potnikov in tovora,

ne sme šteti za naročnika?

Če bo Sodišče Evropske unije ugotovilo, da je treba družbo v zgoraj navedenih okoliščinah šteti za naročnika, ali je treba člen 1(9) Direktive 2004/18/ES razlagati tako, da družba izgubi položaj naročnika, če se vrednost storitev popravil tirnih vozil, ki se zagotavljajo na podlagi *in house* poslov naročniku, ki je ustanovitelj družbe, zniža in predstavlja manj kot 90 % oziroma ne pomeni pglavitnega dela celotnega finančnega prometa od dejavnosti družbe?“

IV. Postopek pred Sodiščem in trditve strank

23. Pisna stališča so predložile družbi LitSpecMet in VLRD, portugalska in litovska vlada ter Komisija; obravnave, opravljene 9. februarja 2017, so se udeležile navedene stranke in nemška vlada.

24. Družba LitSpecMet trdi, da je dejavnost vzdrževanja, ki jo opravlja družba VLRD, zajeta v splošnem interesu, ker družbi LG omogoča, da zagotavlja javno storitev, za katero je zadolžena, in sicer upravljanje železniške infrastrukture in zagotavljanje potniškega prevoza. Meni, da ta dejavnost ni industrijska ali poslovna, ker je družba LG v Litvi edino podjetje, ki jo izvaja, zaradi česar se lahko ravna po preudarkih, ki niso izključno gospodarski. Stališče, da za družbo VLDR ne veljajo pravila s področja javnega naročanja, bi pomenilo, da bi naročnik (družba LG) ta pravila lahko preprosto obšel z ustanovitvijo hčerinske družbe (VLRD), namenjene izvajanju notranjih dejavnosti.

25. Družba LitSpecMet tako meni, da je družba VLRD naročnik v smislu člena 1(9) Direktive 2004/18, in sicer ne glede na odstotek *in house* poslov, ki jih izvaja z matično družbo. Podredno meni, da bi jo bilo mogoče šteti za naročnika v smislu člena 2(1)(a) Direktive 2004/17, ker se glede na dejavnost družbe LG in ob upoštevanju razlage njenih členov od 3 do 7, ki jo je Sodišče opravilo v sodbi z dne

10. aprila 2008, Ing. Aigner,⁸ za obravnavni primer pravzaprav uporabi ta direktiva.

26. Družba VLRD trdi, da ni bila ustvarjena za izvajanje posebne naloge v splošnem interesu v korist vseh državljanov, temveč za dopolnjevanje poslovnih dejavnosti potniškega prevoza družbe LG. Meni, da to, da z družbo LG, ki je naročnik v smislu člena 2(1) Direktive 2004/17, sklepa *in house* posle, samo po sebi ne pomeni, da je tudi sama naročnik.

27. Litovska vlada navaja sodbo z dne 15. januarja 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi,⁹ v kateri je Sodišče uporabilo „teorijo kontaminacije“, ker je menilo, da je treba za naročnika šteti tudi subjekt, ki opravlja dejavnost, ki je le deloma namenjena zadovoljevanju potreb splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne. Vendar pa se po mnenju litovske vlade „teorija kontaminacije“ ne uporabi vertikalno in narava dejavnosti, ki jo izvaja neka družba, ni odvisna od okoliščine, da je to družbo ustanovil naročnik, s katerim sklepa *in house* posle.

28. Nemška vlada meni, da je s funkcionalnega vidika, ki ga zagovarja, glede na okoliščine dovolj indicev za razlago, da družba VLRD opravlja dejavnost v splošnem interesu; čeprav namreč neposredno ne sodeluje pri izvajanju prevozne dejavnosti, ki jo opravlja družba LG, pa se ukvarja z nalogo, ki je tesno povezana s to dejavnostjo, kot je izdelava lokomotiv. V zvezi s tržnim značajem dejavnosti družbe VLRD pa je po mnenju nemške vlade odločilno, ali ta družba svoje cilje dosega na konkurenčnem trgu; to pa naj v obravnavanem primeru ne bi bilo podano, ker 90 % svoje dejavnosti izvaja z družbo LG, tako da pravzaprav ni izpostavljena dejanskemu poslovnemu tveganju. Nemška vlada nazadnje trdi, da je hčerinska družba naročnika tudi sama naročnik, če je cilj njenih dejavnosti zadovoljevanje potreb v splošnem interesu, ki jih izvaja njena matična družba. Poleg tega naj v skladu z Direktivo 2014/24 (ki je lahko v pomoč pri razlagi, čeprav se *ratione temporis* sicer ne uporabi) hčerinska družba ne bi bila naročnik, če obseg njenih poslov z matično družbo ne presega 80 %.

29. Portugalska vlada opozarja, da je dejavnost družbe VLRD – čeprav se zdi, da je bil namen njene ustanovitve v splošnem interesu – industrijska in poslovna, saj družba sama nosi vsa tveganja svojega delovanja. V skladu s sodno prakso, ki je bila oblikovana v sodbi z dne 16. oktobra 2003, Komisija/Španija,¹⁰ in privzeta v uvodni izjavi 10 Direktive 2014/24, naj družbe VLDR ne bi bilo treba šteti za naročnika.

30. Komisija navaja, da je treba v tem primeru upoštevati le Direktivo 2004/18, ker družba VLRD dobavlja blago in storitve za litovsko železniško družbo, pri čemer ni upoštevno, da je dejavnost družbe LG zajeta s področjem uporabe Direktive 2004/17.

31. Komisija meni, da se Direktiva 2004/18 za družbo VLRD ne uporabi, ker ta ni „oseba javnega prava“ v smislu člena 1(9) te direktive, saj ni bila ustanovljena zaradi splošnega interesa, ampak zaradi posebnega interesa družbe LG, s čimer je postala njen notranji dobavitelj. Po mnenju Komisije ni upoštevno, da je smoter družbe LG zadovoljevanje splošnega interesa in da se je s tem namenom obrnila na družbo VLRD, ker je odločilno to, da je edini namen dejavnosti družbe VLRD oskrbovanje posebnih interesov matične družbe.

32. Komisija torej dvomi o tem, da je bila družba VLRD ustanovljena posebej za zadovoljevanje potreb v splošnem interesu, čeprav navaja, da lahko le nacionalno sodišče presodi vse okoliščine primera in potrdi, da nepridobitni namen, ki je bil ključen pri ustanovitvi družbe VLRD, ne prevlada nad poslovnim okoljem, v katerem ta deluje.

⁸ C-393/06, EU:C:2008:213.

⁹ C-44/96, EU:C:1998:4.

¹⁰ C-283/00, EU:C:2000:544.

V. Presoja

A. Uvodni preudarki

33. Predložitveno sodišče in večina strank, ki so se udeležile postopka predhodnega odločanja, izhaja iz predpostavke, da se v obravnavanem primeru uporabi Direktiva 2004/18. Družba LitSpecMet pa – čeprav le podredno – zagovarja stališče, da se pravzaprav uporabi Direktiva 2004/17 (ki je na področju javnih naročil znana kot „sektorska direktiva“).

34. Ker člen 2(1)(a) Direktive 2004/17 in člen 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 določata enaki opredelitvi „osebe javnega prava“,¹¹ je na vprašanji Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni) pravzaprav mogoče odgovoriti, ne da bi bilo treba najprej zavrniti uporabo ene ali druge direktive.

35. V okviru druge opombe naj navedem, da je – čeprav v spisu ni navedbe o znesku spornega javnega naročila – zastopnik družbe VLRD na obravnavi navedel, da je bil celoten znesek 600.000 ali 700.000 EUR, kar pomeni, da je presegal prag, od katerega se uporabljajo določbe prava Unije s tega področja. Ta podatek mora preveriti predložitveno sodišče.¹²

36. Tretjič in zadnjič, Sodišče bo svoj odgovor lahko oblikovalo le glede na podatke, ki mu jih je o dejanskih okoliščinah v zvezi z družbo VLRD posredovalo predložitveno sodišče. Vendar je mogoče, da ti podatki sploh ne ustrezajo tem, ki bi jih v skladu s sodbo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče) z dne 27. maja 2015 moralo nižje sodišče preveriti po tem, ko mu je bila zadeva vrnjena v ponovno odločanje.¹³

B. Prvo vprašanje za predhodno odločanje

1. Neposredno (ali posredno) zadovoljevanje potreb splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave

37. Med strankami ni sporno, da družba VLRD izpolnjuje dva od treh pogojev za to, da bi se jo v skladu s členom 2(1)(a) Direktive 2004/17 in členom 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 štelo za „osebo javnega prava“ (in s tem za „naročnika“).

38. Od teh treh pogojev, ki morajo biti izpolnjeni kumulativno,¹⁴ družba VLRD dejansko izpolnjuje drugi in tretji pogoj: ima pravno osebnost in druga oseba javnega prava (družba LG) je nesporno udeležena pri njenem financiranju, nadzoru nad njenim upravljanjem ali sestavi njenega upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa.

39. Stranke pa si niso edine glede zahteve, da je bila družba VLRD „ustanovljena s posebnim namenom, da zadovoljuje potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave“.

11 Sodba z dne 10. aprila 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, točka 35).

12 Sodba z dne 11. decembra 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ in drugi (C-113/13, EU:C:2014:2440, točka 43).

13 To poudarja litovska vlada v točki 7, *in fine*, svojih pisnih stališč, ko navaja, da iz spisa predložitvenega sodišča ni jasno razvidno, ali je to pretehtalo „upoštevne elemente“, na katere ga je opozorilo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče), ko je nižjim sodiščem zadevo vrnilo v ponovno odločanje.

14 Med drugimi sodba z dne 12. septembra 2013, IVD (C-526/11, EU:C:2013:543, točka 19).

40. Stranke so v pisnih stališčih preučevale, ali je dejavnost družbe VLRD sama po sebi namenjena zadostitvi potreb splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave, pri čemer je večina zagovarjala stališče, da ni tako. Med obravnavo se je razprava na prošnjo Sodišča razširila na vprašanje, ali družba VLRD tovrstne potrebe zadovoljuje posredno, ker dobavlja blago ali opravlja storitve za osebo javnega prava, ki pa jih – kot družba LG – zadovoljuje neposredno. Stališča strank v zvezi s tem se v bistvenem ujemajo s stališči, ki so jih zagovarjale v zvezi z vprašanjem, ali pomeni dejavnost, ki jo izvaja družba VLRD, dejavnost v splošnem interesu.

41. V skladu z informacijami, ki jih je posredovalo predložitveno sodišče, je družba LG javno podjetje, ki upravlja železniško prevozno omrežje. Kot sem že navedel, ni dvoma, da je ta družba naročnik v smislu Direktive 2004/17.¹⁵ Družba VLRD pa se ukvarja z izdelavo in vzdrževanjem lokomotiv in tirnih vozil ter torej opravlja nalogo, ki je sicer tesno povezana z železniškim prometom, vendar pa pri njej ne gre za „zagotavljanje ali upravljanje omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železnice“, ki je dejavnost, na katero je omejen člen 5(1) Direktive 2004/17.

42. Družba LitSpecMet trdi, da družba VLRD vsekakor izvaja nalogo, ki je bistvena za „zagotavljanje ali upravljanje omrežij“ za železniški prevoz v Litvi, tako da prav tako zadovoljuje splošni interes, v katerem deluje družba LG. Po njenem mnenju ni mogoče prezreti podatka, da so na podlagi člena 5(1) Direktive 2001/14/ES¹⁶ prevozniki v železniškem prometu upravičeni do tako imenovanega „minimalnega paketa dostopa do infrastrukture in do dostopa po tirih do objektov, potrebnih za izvajanje železniških storitev“, ki je opisan v prilogi II k tej direktivi, v katere točki 2(h) so omenjene „naprave za vzdrževanje in druge tehnične naprave“. Na podlagi tega sklepa, da je, ker „na trgu ni pravih alternativ“, družba VLRD „družbi LG obvezana zagotavljati storitve vzdrževanja tirnih vozil ne glede na kakršne koli poslovne preudarke“.¹⁷

43. S to trditvijo družbe LitSpecMet se ne strinjam, ker so v skladu z Direktivo 2001/14 v „paket dostopa“ vključene le naprave za izvajanje storitev vzdrževanja, ne pa tudi storitve same. Če torej družba VLRD sama neposredno zadovoljuje katero od potreb splošnega interesa, med njimi ni te, ki se zadovoljuje z dejavnostjo, ki je konkretno navedena v členu 5 omenjene direktive.

44. Pri preizkusu se je treba torej osredotočiti na razlago Direktive 2004/18, da bi se razjasnilo, ali družba VLRD zadovoljuje potrebe splošnega interesa (drugačne od teh, ki so industrijske ali poslovne narave), ki so neločljivo povezane z javnimi naročili gradenj, blaga in storitev.

45. Pri razlogovanju je treba najprej ugotoviti, ali se v tem primeru zadovoljujejo potrebe splošnega interesa; če je odgovor pritrdilen, pa je nato treba preučiti, ali je njihova narava pretežno poslovna ali industrijska.

46. S tega vidika se mi zdi, da dejavnost izdelave in popraviljanja tirnih vozil v sektorju železnic sama po sebi ni namenjena zadovoljevanju potreb, ki so tesno povezane z institucionalnim delovanjem države,¹⁸ s spodbujanjem in razvojem pogojev socialne blaginje, ki jo mora zagotavljati država,¹⁹ ali z drugimi podobnimi cilji.

15 Družba LG je kot naročnik navedena v prilogi IV (Naročniki s področja železniškega prometa) k Odločbi 2008/963/ES Komisije z dne 9. decembra 2008 o spremembi prilog k direktivama 2004/17/ES in 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta o postopkih javnega naročanja glede njenih seznamov naročnikov (UL 2008, L 349, str. 1). V tej vlogi so, ne da bi bili izrecno imenovani, vključeni tudi „[d]rugi subjekti v skladu z zahtevami člena 70 (1, 2) zakona o javnih naročilih Republike Litve (*Uradni list*, št. 84–2000, 1996, št. 4–102, 2006) in ki poslujejo na področju železniških storitev v skladu z zakonikom o železniškem prometu Republike Litve (*Uradni list*, št. 72–2489, 2004)“.

16 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2001 o dodeljevanju železniških infrastrukturnih zmogljivosti, naložitvi uporabnih za uporabo železniške infrastrukture in podeljevanju varnostnega spričevala (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 7, zvezek 5, str. 404).

17 Pisna stališča družbe LitSpecMet, točka 33.

18 Sodba z dne 15. januarja 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, EU:C:1998:4, točka 24).

19 V skladu s sodno prakso Sodišča je seznam tovrstnih potreb zelo dolg. Sega od, na primer, zagotavljanja ogrevanja na način, ki varuje okolje (sodba z dne 10. aprila 2008, Ing. Agner, C-393/06, EU:C:2008:213, točka 39), do ustvarjanja ugodnih pogojev za ustanavljanje zasebnih podjetij na določenem ozemlju (sodba z dne 22. maja 2003, Korhonen in drugi, C-18/01, EU:C:2003:300, točka 48).

47. Mogoče bi bilo seveda zagovarjati, kot trdi nemška vlada, da družba VLRD s tem, da svoji matični družbi dobavlja blago in storitve, ki tej omogočajo zadovoljevanje svojih lastnih potreb, ki pa so v splošnem interesu, tudi sama posredno deluje v istem interesu, ki ga zadovoljuje družba LG.

48. Vendar je ta pristop k vprašanju vsaj s splošnega vidika deloma problematičen.

49. Namreč, čeprav na splošno ni preprosto ugotoviti, kdaj je cilj neke gospodarske dejavnosti zadovoljevanje potreb splošnega interesa (izraz je sam po sebi dvoumen in večpomenski), pa je še težje natančno opredeliti, kdaj je treba šteti, da dejavnost, ki je načeloma zasebna in poslovna, zaradi povezanosti z dejavnostmi, ki so dejansko v splošnem interesu, tudi sama pridobi naravo teh dejavnosti. Posledice take spremembe narave niso zanemarljive: s tem bi, kot je na obravnavi navedla litovska vlada, zasebni subjekt, morda celo nezavedno, kot naročnikov partner postal izvajalec dejavnosti v splošnem interesu.

50. Stopnja povezanosti in medsebojne odvisnosti javnih in zasebnih gospodarskih dejavnosti je v sedanjem tržnem gospodarstvu tako izrazita, da bi bilo razširitev narave „zadovoljevanja potreb splošnega interesa“ težko omejiti, če bi se priznalo, da so v tem pojmu zajete tudi zasebne dejavnosti, ki so v *določenem obsegu* potrebne za zadovoljevanje teh potreb. Poleg tega bi se pojavil zelo težaven problem določitve, kolikšen naj bo *obseg*, ob katerem postane to razmerje potrebnosti upoštevno v posameznem primeru.

51. Vendar pa tudi ob predpostavki, da je namen dejavnosti družbe VLRD zadovoljevanje potreb splošnega interesa, to ne bi zadostovalo za ugotovitev, da je družba VLRD „oseba javnega prava“ v smislu Direktive 2004/18. To pa zato, ker ne zadostuje, da se zadovoljujejo potrebe splošnega interesa, ampak morajo biti te neindustrijske in neposlovne. V skladu s sodno prakso Sodišča pa se morajo za to, da se jih lahko šteje za take, zadovoljevati pod netržnimi pogoji.

52. Gre za to, kot je ugotovilo Sodišče v sodbi z dne 22. maja 2003, Korhonen in drugi, da se „izključita tveganje, da bi naročniki pri oddaji javnih naročil dajali prednost nacionalnim ponudnikom ali kandidatom, in možnost, da bi se oseba, ki jo financira ali nadzoruje država, regionalni ali lokalni organi ali druge osebe javnega prava, ravnala po negospodarskih preudarkih“.²⁰

53. Iz tega izhaja, da bi se oseba, ki skuša upravljati s tovrstnimi potrebami (ki pa se jih ne sme zamenjevati s potrebami, ki jih ne morejo zadovoljiti zasebna podjetja),²¹ zlahka znašla v tem položaju tveganja, če bi delovala pod netržnimi pogoji oziroma zunaj svobodne konkurence. Če pa deluje pod konkurenčnim pritiskom drugih tekmecev,²² je to, da se bo znašla v tej nevarnosti, manj verjetno, saj bi bila zaradi delovanja po negospodarskih preudarkih postopoma izrinjena s trga.

54. Drugače povedano, za razrešitev dvoma ni toliko pomembna javna narava potrebe, ki jo je treba zadovoljiti, temveč predvsem to, pod kakšnimi pogoji se to skuša doseči. Pri razlagi izraza „potrebe splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave,“ je treba torej nujno preveriti, pod kakšnimi pogoji se jih zadovoljuje.

20 C-18/01 EU:C:2003:300, točka 52, v kateri Sodišče navaja zlasti sodbe z dne 3. oktobra 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, točka 17), z dne 12. decembra 2002, Universale-Bau in drugi (C-470/99, EU:C:2002:746, točka 52), in z dne 27. februarja 2003, Adolf Truley (C-373/00, EU:C:2003:110, točka 4). V enakem smislu glej sodbo z dne 13. decembra 2007, Bayerischer Rundfunk in drugi (C-337/06, EU:C:2007:786, točka 36).

21 Sodba z dne 10. aprila 2008, Ing. Agner (C-393/06, EU:C:2008:213, točka 40).

22 V skladu s sodbo z dne 22. maja 2003, Korhonen in drugi (C-18/01, EU:C:2003:300, točka 49) lahko „obstoje take konkurence pomeni indic, da je potreba splošnega interesa industrijske ali poslovne narave“.

55. Tako se izkaže, ponavljam, da je glede na smisel direktiv o javnem naročanju pomembno to, da je zagotovljena konkurenčnost trga in da je ta zaščiten pred popačenjem ali izkrivljanjem zaradi delovanja subjektov, ki se ne ravnavajo po logiki proste trgovine. Zato ni odločilno to, ali je družba VLRD pri dobavi blaga in storitev družbi LG neko potrebo splošnega interesa zadovoljevala sama ali le posredno, temveč to, ali se ta dejavnost – v katerem koli od obeh primerov – izvaja v enakih razmerah, v kakršnih delujejo njeni morebitni zasebni konkurenti, torej brez spodbud v obliki neupravičenih prednosti za nacionalne proizvajalce.

56. Zato je treba upoštevati, kot opozarja predložitveno sodišče, veliko pravnih in dejanskih elementov, med katerimi se je Sodišče, na primer, sklicevalo na okoliščine, v katerih je bila ustanovljena zadevna oseba,²³ in na dejavnike, kot so „to, da pridobitni namen ni glavno vodilo njenega delovanja, to, da ne nosi tveganj, povezanih s svojo dejavnostjo, in morebitno financiranje zadevne dejavnosti iz javnih sredstev“.²⁴

57. Menim, da lahko le predložitveno sodišče presodi, ali družba VLRD – glede na vse upoštevne pravne in dejanske elemente – zadovoljuje potrebo splošnega interesa, ki ni industrijske ali poslovne narave. Čeprav bi bilo na podlagi besedila vprašanja mogoče sklepati,²⁵ da se Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni) nagiba v prid svojemu prvotnemu mnenju, ki ga je potrdilo pritožbeno sodišče, ne pa tudi litovsko vrhovno sodišče, pa je treba ugotoviti, da je v predložitvenem sklepu dejansko le povzelo razpravo med strankami in obrazložitev treh sodb, ki so bile doslej sprejete v sporu, ni pa navedlo lastne presoje „upoštevni elementov“²⁶ spora, na podlagi katerih bi bilo mogoče oblikovati dokončen odgovor.

58. Ker je tako, bi Sodišče morda moralo predložitveno sodišče zgolj opozoriti, naj med drugimi dejavniki posebej upošteva tudi to, ali družba VLRD deluje pod tržnimi pogoji,²⁷ ali je morda večinsko financirana iz javnih sredstev, ali posluje s pridobitnim namenom in ali nosi tveganja (in izgube), ki izhajajo iz njenega upravljanja; to so vidiki, glede katerih predložitveno sodišče ni podalo obsežnejših navedb in ki se jih pri ugotavljanju narave dejavnosti te družbe ne sme prezreti.

59. Je pa iz informacij, podanih v spisu in navedenih na obravnavi, razvidno, da družba VLRD bistveni del (ob upoštevni datumih 90 %) svojega delovanja razvija v ekonomskem okviru, za katerega je značilen monopol pri železniških dobavah družbi LG, ki se torej izvajajo pod netržnimi pogoji. Družba LG si železniško opremo, ki jo naročuje od svoje hčerinske družbe, priskrbi brez uporabe mehanizmov javnega naročanja, s katerimi bi se povečal konkurenčni pritisk na družbo VLRD. Ta se lahko torej ravna po netržnih merilih, in sicer ob gotovosti (ali ob neobstoju tveganja), da ji za izpolnjevanje naročil, ki jih v vsakem primeru zagotavlja družba LG, ni treba dodatno skrbeti.

23 Glej, med drugimi, sodbo z dne 16. oktobra 2003, Komisija/Španija (C-283/00, EU:C:2000:544, točka 81).

24 Glej znova sodbo z dne 22. maja 2003, Korhonen in drugi (C-18/01, EU:C:2003:300, točka 59).

25 Predložitveno sodišče v drugi alineji svojega vprašanja poudarja, da družba VLRD „neodvisno opravlja gospodarsko dejavnost, določa poslovno strategijo, sprejema odločitve o pogojih delovanja družbe [...], sodeluje na konkurenčnem trgu v celotni Evropski uniji in zunaj trga Unije, [...] ter sodeluje v postopkih za oddajo javnih naročil, povezanih s to dejavnostjo, pri čemer si prizadeva pridobiti naročila od tretjih oseb (ne od matične družbe)“ (moj poudarek).

26 Glej v tem smislu stališča litovske vlade, navedena v opombi 13.

27 V točki 24 opisa „dokazanih dejanskih in procesnih elementov“ iz predložitvenega sklepa je navedeno, da „[notranja razmerja med družbama LG in VLRD] kažejo ne le, kako tesne so [...] ekonomske vezi med tema podjetjema, ampak morda tudi to, da družba VLRD v bistvu ne posluje pod pogoji prostega trga“ (moj poudarek).

2. Zadovoljevanje potreb splošnega interesa, ki niso industrijske ali poslovne narave, v primerih in house naročanja

60. Na podlagi navedenega bi izhajalo, da je družbo VLRD mogoče šteti za naročnika v zgoraj opisanem smislu. Vendar se je postavljenega vprašanja mogoče lotiti tudi z drugega vidika. Če se odmisli narava dejavnosti družb VLRD in LG, je treba preučiti razmerje med tema družbama, da bi se razjasnilo, ali je prva instrumentalni subjekt (ali lastno sredstvo) druge, v zvezi s katerim se lahko uveljavlja tako imenovana „izjema *in house*“. Zato predlagam, da se presoji vsebinskega vprašanja iz vidika dejavnosti zoperstavi še preučitev s sistemskega vidika.

61. V predložitvenem sklepu Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni) sta v zvezi s tem vidikom upoštevni dve točki. Prva je točka 23, v kateri to navaja, da „približno 90 % prihodkov hčerinske družbe [VLRD] prihaja od matične družbe [LG] prek transakcij med pravnima osebama“, na podlagi česar sklepa, „da so dejavnosti tožene stranke [družba VLRD] in družbe, ki jo nadzira [LG], tesno povezane“.

62. Ta podatek je bil ključen za to, da je Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče) razveljavilo sodbo pritožbenega sodišča. V skladu z navedeno točko predložitvenega sklepa je ta podatek zadostoval za ugotovitev, da „se trditve tožeče stranke [družba LitSpecMet], da ustanovitev družbe VLRD, ki je sledila reorganizaciji družbe [LG], ni vzpostavila vrednostno novega pravnega in ekonomskega razmerja med ločenima gospodarskima subjektoma, ampak je šlo bolj za spremembo v obliki organizacije dejavnosti te družbe, ne bi smele zavriniti kot neutemeljene“.²⁸

63. Druga omembe vredna točka predložitvenega sklepa je točka 25, v kateri je navedeno, da je družba VLRD „od leta 2011 do leta 2014 z družbo [LG] opravila povprečno petnajst *in house* poslov letno“; ti posli se v skladu s predložitvenim sklepom „na podlagi sodne prakse Sodišča ne smejo opredeliti kot javna naročila“.²⁹

64. Stranke postopka predhodnega odločanja niso spregledale namigov predložitvenega sodišča na ureditev o naročilih *in house*. Komisija je konkretno trdila,³⁰ da je družba VLRD notranji dobavitelj družbe LG in da se zato za posle med obema družbama ne uporabijo postopki oddaje javnih naročil, ampak so zajeti v tako imenovani „izjemi *in house*“.³¹

65. Tudi litovska vlada je v svojih pisnih stališčih³² omenila ureditev *in house*, pri čemer se je izrecno sklicevala na člen 12(1) Direktive 2014/24.³³ Nemška vlada se je v svojih ustnih stališčih prav tako sklicevala na to ureditev.

66. Nazadnje, med obravnavo je zastopnik družbe VLRD na vprašanje o namenu blaga, ki je predmet spornega javnega naročila, odgovoril, da je namenjeno izdelavi opreme, katere dobavo je od nje naročila družba LG v okviru njenih *in house* razmerij.

²⁸ Moj poudarek.

²⁹ Predložitveno sodišče v nadaljevanju navaja sodbi Sodišča, v katerih je bila uporabljena izjema *in house*, in sicer sodbi z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562) in z dne 11. januarja 2005, Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

³⁰ Točki 21 in 22 njenih pisnih stališč.

³¹ To naj bi potrjevali podatki iz Kanapinskas, V., Plytnikas, Z., in Tvaronavičienė, A.: „In-house procurement exception: Threat for sustainable procedure of public procurement?“, v Journal of Security and Sustainability Issues [(http://dx.doi.org/10.9770/jssi.2014.4.2(4)], iz katerih je razvidno da je družba LG leta 2011 39,2 % vseh svojih *in house* naročil oddala družbi VLRD, leta 2013 pa že 74 %.

³² Točke od 31 do 36.

³³ Direktiva 2014/24, zlasti njen člen 12(1), katerega vsebina izhaja iz sodne prakse Sodišča s tega področja (od katere pa v nekaterih pomembnih vidikih odstopa), se za spor v glavni stvari *ratione temporis* ne uporabi.

67. Sodišče je večkrat ugotovilo, da je izjema *in house* „utemeljena s tem, da javni organ, ki je naročnik, lahko izpolni naloge v javnem 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, in da je to izjemo mogoče razširiti na položaje, v katerih je sopogodbenu pravna oseba, ki je pravno ločena od naročnika, če ta naročnik nad izbranim ponudnikom izvaja podoben nadzor, kot je ta, ki ga izvaja nad svojimi službami, in ta subjekt bistveni del svoje dejavnosti opravi za naročnika ali naročnike, ki ga nadzirajo“, pri čemer je v takih primerih mogoče šteti, „da naročnik uporablja lastna sredstva“.³⁴

68. Tako se je treba strinjati, da se zdi, da je bil z ustanovitvijo družbe VLRD kot instrumentalnega sredstva družbe LG – čeprav je bila formalno ustanovljena kot ločen subjekt (pravno gledano sta dejansko različni družbi) – s funkcionalnega vidika ohranjen prejšnji položaj. S tem se je v končni fazi skušalo reorganizirati dejavnosti državnega podjetja litovskih železnic.³⁵

69. S funkcionalno obravnavo obeh družb dobi „izjema *in house*“³⁶ svoj končni pomen. Dopustitev te izjeme, katere nujna posledica je izvzetje iz področja uporabe Direktiv o javnem naročanju, je v skladu z organizacijsko možnostjo naročnikov, da svojim instrumentalnim subjektom (če nad njimi izvajajo enak nadzor kot nad lastnimi službami) poverjajo določene naloge, ne da bi potrebe po gradnjah, storitvah ali blagu zadovoljevali na trgu.

70. V okviru ureditve *in house* naročnik iz funkcionalnega vidika pogodbe v resnici ne sklepa z drugo in drugačno osebo, temveč – glede na povezanost med njim in osebo, ki je od njega sicer formalno ločena – sam s seboj. Pravzaprav ne more biti govora o oddaji javnega naročila, ampak le o običajnem naročilu ali nalogi, ki je druga „stranka“ ne more zavrniti, ne glede na to, v kakšni obliki je dana.

71. Zaradi neobstoja dejanskega razmerja med drugačnima subjektoma je upravičeno, da naročniku ni treba slediti postopkom javnega naročanja, ko za izvajanje svojih nalog uporabi lastna sredstva, torej ko angažira podjetja, ki so z njim – čeprav gre za ločene pravne osebe – vsebinsko spojena. Postopki javnega naročanja so smiselni le med različnima in samostojnima osebama, saj se z njimi skuša doseči prav to, da se med obema vzpostavi – pod pogoji enakosti, ne pa odvisnosti ali hierarhične podrejenosti – pravno (sinalagmatsko) razmerje, ki je nujno za sklenitev odplačne pogodbe.³⁷

72. Logično je torej, da se – izključno znotraj okvira, zamejenega v sodni praksi Sodišča – gospodarska razmerja med naročnikom in osebo, ki mu je podrejena in ki deluje zgolj kot orodje, ki mu je na razpolago, ter nad katero izvaja enak nadzor kot nad svojimi (preostalimi) službami, izvzamejo iz formaliziranih postopkov javnega naročanja, ki so urejeni z zadevnimi direktivami. Prav tako ne bi bilo smotno postopek javnega naročanja spremeniti v proceduro notranje ureditve delovanja naročnika in ga uporabiti za primere, v katerih se ta odloči, da bo uporabil izključno lastna sredstva.

73. Izhajajoč iz načela vsebinske enakosti, na katerem temelji izjema *in house*, menim, da bi se ta izjema za posle med družbama LG in VLRD, kot so opisani v predložitvenem sklepu, lahko uporabila, če obe družbi izpolnjujeta zgoraj omenjena merila iz sodne prakse (ki so zdaj jasno opredeljena v členu 12(1) Direktive 2014/24), kar pa mora razjasniti predložitveno sodišče.

34 Sodba z dne 8. maja 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, točka 25, in navedena sodna praksa). Iz novejšje sodne prakse glej sodbo z dne 8. decembra 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, točka 30).

35 Tudi predložitveno sodišče je menilo, da se je z ustanovitvijo družbe VLRD skušalo reorganizirati dejavnosti družbe LG (točka 26 predložitvenega sklepa).

36 O tem na splošno glej Sánchez Graells, A.: Public procurement and the competition rules, druga izdaja, Hart, Oxford, 2015, str. od 265 do 272.

37 Na odplačnost kot na razlikovalno značilnost naročil, ki so urejena z Direktivo 2004/18, je Sodišče opozorilo v sodbi z dne 8. septembra 2016, Politanò (C-225/15, EU:C:2016:645, točke od 29 do 31).

74. Komisija trdi – čeprav brez obširnejše obrazložitve – da družba VLRD zgolj zato, ker je notranji dobavitelj družbe LG, še ne postane naročnik.³⁸ Dejansko bi bilo mogoče sprejeti, da se podrejeni *in house* subjekti na splošno štejejo za „osebe javnega prava“ v smislu Direktiv 2004/18 in 2004/17, le če sami izpolnjujejo tri kumulativne pogoje, ki sem jih omenil zgoraj.

75. Vendar je treba to trditev takoj precizirati z uvedbo razlikovanja med „postranskimi“ in „bistvenimi“ dejavnostmi instrumentalnih subjektov, s katerimi je upravičena izjema *in house*. Menim, da v primeru prvih³⁹ ni ovir za sprejetje stališča Komisije, saj v zvezi z njimi podjetje deluje na trgu in lahko enakovredno konkurira s preostalimi konkurenčnimi gospodarskimi subjekti.

76. Enako pa po mojem mnenju ne velja v primeru „bistvenih“ nalog podrejenega podjetja, ki mu jih je naročnik poveril ali dodelil v okviru naročil *in house*. Če mora za njihovo izvedbo to podjetje (tu družba VLRD) od tretjih oseb pridobiti blago, storitve ali dobave v količini, ki presega raven naročil, od katere velja uskladitev, se uporabijo direktive o javnem naročanju.

77. Posledica nesprejetja take razlage bi bila – poleg nedoslednosti – tudi možnost obidenja zakona. Prvič zato, ker ne bi bila v skladu z ugotovljeno vsebinsko *enakostjo* obeh oseb, zaradi katere lahko v okviru medsebojnih razmerij opustita uporabo postopkov javnega naročanja. Drugič pa zato, ker bi omogočala enostavno izognitev uporabi prava Unije o javnem naročanju.

78. Razmerje med družbama LG in VLRD že samo po sebi omogoča pomembno izjemo, da se pravo Unije ne uporabi za njune *in house* posle, ki se štejejo za nepogodbene. Če bi se poleg tega družbi VLRD priznala možnost, da se to pravo ne uporabi tudi za – formalno gledano *zunanje* – posle, sklenjene s tretjimi osebami, ki so v resnici del poslovnega prometa, ki ga ustvari par LG/VLRD, pa bi izjema *in house* lahko pridobila nepredvidljive razsežnosti.

79. Drugače povedano, naročnik lahko svoje instrumentalne subjekte v zgoraj opisanem okviru uporabi za to, da jim poveri nekatere naloge, ki bi morale načeloma biti predmet javnega naročanja, vendar so iz njega izvzete. Ta izjema iz pravnega vidika glede na sodno prakso Sodišča (in zdaj člen 12(1) Direktive 2014/24) sama po sebi ni sporna. Če pa instrumentalni subjekti nimajo zadostnih zmogljivosti, da bi se sami lotili naročil naročnika in morajo za njihovo izvršitev uporabiti tretje osebe, se razlogi, na podlagi katerih je utemeljena izjema *in house*, razblinijo in izkaže se, da gre pravzaprav za prikrito oddajo javnih naročil (podizvajalcem), pri kateri naročnik prek posrednika (instrumentalni subjekt) pridobi blago in storitve od tretjih, ne da bi pri tem upošteval direktive, ki bi se morale uporabiti za njihovo naročanje.

80. To je podano v obravnavanem primeru. Posli družbe LG, za katere bi se – če ne bi bilo družbe VLRD – morala uporabiti zakonodaja o javnem naročanju (če bi jih državno podjetje izvedlo samo), se iz te ureditve izvzamejo z utemeljitvijo, da gre za posle druge družbe, čeprav je ta vsebinsko tako povezana s prvo, da se za medsebojne posle obe lahko sklicujeta na izjemo *in house*.⁴⁰

³⁸ Pisna stališča Komisije (točka 23).

³⁹ Sodišče je v sodbi z dne 11. maja 2006, Cabotermo in Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308), spomnilo na svoje ugotovitve iz sodbe z dne 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), torej, da mora podrejena oseba nujno opravljati „pretežen del svoje dejavnosti s skupnostjo ali skupnostmi, ki imajo v njej delež“ (točka 59) in navedlo, da mora biti ta dejavnost „v glavnem namenjena tej skupnosti, vsaka druga dejavnost pa je samo *postranska*“ (točka 63, v izvirniku brez poudarka). V členu 12(1) Direktive 2014/24 sta bili meji „bistvenega“ in „postranskega“ (sporno) določeni na 80 % oziroma 20 %.

⁴⁰ Glede tveganj podizvajalstva v okviru ureditve *in house* kot načina za izognitev zagotovil svobodne konkurence, glej poročilo španske Comisión Nacional de la Competencia (državna komisija za konkurenco) *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, str. od 30 do 57 (https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/2014_MediosPropios_Inf_sectorial.PDF).

81. Če je povezanost med družbama LG in VLRD takšna, da je z njo za posle, ki jih sklepata med seboj, upravičena uporaba izjeme *in house*, pa zunanjih poslov, ki so nujni za izvedbo nalog, ki jih družba LG poveri družbi VLRD, po mojem mnenju ni mogoče izvzeti iz uporabe direktiv o javnem naročanju (če presegajo ustrezno količinsko raven). V nasprotnem primeru bi se družba LG že s preprosto *reorganizacijo* svojih dejavnosti, ki bi temeljila na ustanovitvi družbe VLRD, lahko izognila posledicam, ki izhajajo iz njenega statusa naročnika.

82. Zato menim, da ni treba ugotoviti, ali je družba VLRD zato, ker sama zadovoljuje neindustrijske ali neposlovne potrebe splošnega interesa, oseba javnega prava, saj je treba sklepati, da je tako, ker tvori funkcionalno celoto z družbo (LG), ki zadovoljuje tovrstne potrebe in za katero deluje v okviru ureditve *in house*.

83. V zvezi z vprašanjem, s katero direktivo morajo biti v skladu pogodbe, ki jih podpiše družba VLRD, je treba spomniti, da „Direktiva 2004/17 velja za oddajo naročil na področju dejavnosti, ki so izrecno navedene v členih od 3 do 7 omenjene direktive, kot tudi za naročila, ki imajo drugačno naravo in lahko kot taka običajno spadajo na področje uporabe Direktive 2004/18, če služijo opravljanju dejavnosti, ki so opredeljene v Direktivi 2004/17“.⁴¹ Naloga predložitvenega sodišča, ki Sodišču v zvezi s tem ni postavilo vprašanja, je torej, da glede na namen naročila, ki je predmet spora v glavni stvari, ugotovi, katera direktiva se uporabi.

84. Skratka, predlagam, naj se na prvo vprašanje, ki ga je predložilo Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni) odgovori tako, da je treba člen 2(1)(a) Direktive 2004/17 in člen 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 razlagati tako, da se za družbo, katere vsebinska in funkcionalna povezanost z naročnikom je taka, da je zaradi nje za posle, ki jih sklepata med seboj, upravičena uporaba izjeme *in house*, navedeni direktivi uporabita, kadar s tretjimi sklepa naročila gradenj, blaga ali storitev, da bi izvršila nalogo, ki ji jo je poveril naročnik.

C. Drugo vprašanje za predhodno odločanje

85. Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni) želi z njim izvedeti, če bo Sodišče odločilo, da je treba, kot predlagam, na prvo vprašanje odgovoriti pritrdilno, ali družba, kot je VLRD, izgubi status naročnika, če se vrednost storitev, ki jih opravi v okviru *in house* poslov z družbo LG, zniža na manj kot 90 % oziroma ne pomeni poglobitnega dela celotnega prometa njene dejavnosti.

86. Vprašanje je povsem hipotetično (in zato ni dopustno), saj v sporu o glavni stvari ni treba razjasniti neki prihodnji položaj, temveč položaj, ki je nastal, ko je družba VLRD objavila obvestilo o javnem naročilu za dobavo tirnic iz železnih kovin (2013). Predmet postopka v glavni stvari je namreč izključno razveljavitev tega konkretnega postopka javnega naročanja, ki ga izpodbija družba LitSpecMet.

87. Kot izhaja iz sodne prakse Sodišča, je treba pri reševanju spora upoštevati prvotni položaj. V skladu s to sodno prakso morajo biti na podlagi načela pravne varnosti določbe prava Unije jasne, njihova uporaba pa za subjekte, na katere se nanašajo, predvidljiva;⁴² iz tega postulata in iz zahtev v zvezi z varstvom interesov ponudnikov izhaja, da se za osebo, ki je ob začetku postopka oddaje javnega naročila naročnik, direktive o javnem naročanju uporabljajo vse do končanja zadevnega postopka.⁴³

41 Sodba z dne 10. aprila 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, točka 57).

42 Med drugimi glej sodbo z dne 15. januarja 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, EU:C:1998:4, točka 34).

43 Sodba z dne 3. oktobra 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, točka 43).

88. Kot sem pojasnil, je za rešitev vprašanja, ali se za družbo VLRD uporabijo direktive o javnem naročanju, upoštevno to, da je bil predmet javnega naročila iz leta 2013 blago tretjih, ki ga je navedena družba uporabila za izvedbo naročila, ki ji ga je družba LG dala v okviru njenih razmerij *in house*.

89. Če bi po letih ta predpostavka izginila in družba VLRD – bodisi zaradi možnosti, ki jo izpostavlja predložitveno sodišče (naročila družbe LG ne bi več pomenila „bistvenega“ dela dejavnosti družbe VLRD),⁴⁴ bodisi iz drugega podobnega razloga – ne bi bila več instrumentalni subjekt družbe LG ter bi delovala na svobodnem trgu, bi bilo seveda treba pretehtati nove okoliščine in sprejeti ustrezne odločitve.

90. V teh morebitnih prihodnjih položajih pa se bo uporabila že Direktiva 2014/24, v skladu s katere merili in zahtevami bo treba ugotoviti, ali se bo družbo VLRD tedaj še vedno lahko štelo za naročnika.

VI. Predlog

91. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj Vilniaus apygardos teismas (regionalno sodišče v Vilni, Litva) odgovori tako:

Člen 2(1)(a) Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštne storitve in člen 1(9), drugi pododstavek, Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev je treba razlagati tako, da:

- (a) se za družbo, katere vsebinska in funkcionalna povezanost z naročnikom je taka, da je zaradi nje za posle, ki jih sklepata med seboj, upravičena uporaba izjeme *in house*, navedeni direktivi uporabita, kadar s tretjimi sklepa naročila gradenj, blaga ali storitev, da bi izvršila nalogo, ki ji jo je poveril ta naročnik, in
- (b) da je treba to družbo vsekakor šteti za osebo javnega prava, če ima pravno osebnost in jo nadzoruje naročnik, bistveni del njene dejavnosti pa pomenijo dobave železniške opreme – ki jih opravlja brez izpostavljenosti pritisku morebitnih konkurentov in pod netržnimi pogoji – temu naročniku, da bi ta lahko zagotavljal storitev potniškega in tovornega prevoza, ki mu je dodeljena.“

⁴⁴ Vendar je bilo leta 2016 glede na podatke, ki so bili predstavljeni med obravnavo, 85 % dobav družbe VLRD še vedno namenjenih družbi LG, od katerih sta bili dve tretjini izvedeni v okviru ureditve *in house*.