SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 17. novembra 2009[1]

1. Ta zadeva, ki izhaja iz več vprašanj za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Oberlandesgericht Düsseldorf, omogoča Sodišču, da se še enkrat vrne k težavi razlikovanja med javnimi naročili gradenj in dejavnostjo javnih organov v zvezi z urbanističnim urejanjem.

2. Natančneje, bistvo zadeve je prodaja zemljišča fizični osebi s strani javne uprave, glede katere je predložitveno sodišče pozvano, naj se izreče. Običajno tak položaj lahko vodi k razglabljanju o obstoju morebitne državne pomoči.[2] V obravnavanem primeru se takšno vprašanje očitno ni pojavilo. Posebnost te zadeve je v tem, da je javna uprava prodala zemljišče ponudniku, ki je izkazal, da ima za navedeno zemljišče načrte o uporabi in gradnji, za katere so lokalni organi, pristojni za urbanistično urejanje tega območja, presodili, da so najboljši in najbolj zanimivi. Predložitveno sodišče se sprašuje, ali je treba v tem okviru uporabiti predpise o javnih naročilih in zlasti predpise o koncesijah za javne gradnje.

I – Pravni okvir

3. Določbe, glede katerih je Sodišče pozvano, naj se izreče, so v Direktivi 2004/18/ES[3] (v nadaljevanju: Direktiva).

1 – Jezik izvirnika: italijanščina.

2 – Očitno je, da gre za državno pomoč takrat, ko je bila stvar prodana po ceni, ki je nižja od tržne. V zvezi s tem glej predvsem obvestilo Komisije o elementih državne pomoči pri prodajah zemljišč in objektov s strani javnih oblasti (UL 1997, C 209, str. 3).

3 – Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114).

4. Člen 1 Direktive določa:

„1. Za namene te direktive se uporabljajo definicije iz odstavkov [od] 2 do 15.

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.

(b) ‚Javna naročila gradenj' so javna naročila, katerih predmet je bodisi izvedba bodisi projektiranje in izvedba gradenj, povezanih z eno od dejavnosti v skladu s pomenom iz Priloge I, ali gradnja ali izvedba neke gradnje s katerimi koli sredstvi, ki ustreza zahtevam naročnika. ‚Gradnja' pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije.

[…]

3. ‚Koncesija za javne gradnje je naročilo enake vrste kot javno naročilo gradenj z izjemo dejstva, da je razlog za izvedbo gradenj bodisi samo pravica do koriščenja gradnje ali ta pravica skupaj s plačilom.'"

II – Dejansko stanje, spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

5. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (zvezni zavod za upravljanje z javnim nepremičninskim premoženjem, v nadaljevanju: Bundesanstalt) je oktobra 2006 z oglasi v medijih in na spletu objavil, da namerava prodati zemljišče, veliko približno 24 hektarov, v občini Wildeshausen. Na zemljišču je stala vojašnica, ki je bila opuščena v začetku leta 2007.

6. V oglasu, ki ga je objavil Bundesanstalt, je bilo opredeljeno, da mora občina Wildeshausen dati soglasje glede dovoljene rabe tega zemljišča.

7. Maja 2007 je bila s cenitvijo, ki jo je naročil Bundesanstalt, vrednost zemljišča ocenjena na 2,33 milijona EUR.

8. Družba Helmut Müller GmbH (v nadaljevanju: Helmut Müller) je že novembra 2006 vložila ponudbo za odkup zemljišča po ceni 4 milijone EUR, pri čemer je postavila pogoj, da se za zadevno območje določijo zazidalni načrti, ki so v skladu z njenimi načrti. Tej ponudbi ni bilo ugodeno.

9. Bundesanstalt je januarja 2007 pozval zainteresirane stranke, naj predložijo ponudbe za zemljišče, brez predhodno določenega urbanističnega načrta. V teh okoliščinah je družba Helmut Müller predložila ponudbo za odkup za 1 milijon EUR. Druga družba, namreč družba Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (v nadaljevanju: GSSI), pa je predložila ponudbo v višini 2,5 milijona EUR.

10. Nato je mestna občina Wildeshausen pozvala ponudnike, naj predložijo svoje načrte za uporabo zadevnega območja. Ti načrti so bili predmet razprave z občino, tudi ob prisotnosti Bundesanstalt. Občinski svet Wildeshausen je 24. maja 2007 izrazil naklonjenost načrtu družbe GSSI ter izjavil, da je pripravljen začeti postopek za določitev načrta o uporabi zemljišča na podlagi tega načrta. Vendar je bilo v tej odločbi občinskega sveta izrecno navedeno, da te naklonjenosti ne šteje za zavezujočo v zvezi z urbanističnimi pristojnostmi, glede katerih si občinski svet pridržuje prosto izvajanje.

11. Bundesanstalt je 6. junija 2007 prodal zemljišče družbi GSSI. Prodajna pogodba ne vsebuje nobene določbe glede prihodnje uporabe prodanega zemljišča.

12. Družba Helmut Müller je pri nacionalnih sodiščih izpodbijala veljavnost prodaje zemljišča in pri tem zatrjevala, da bi ta prodaja morala biti opravljena na podlagi pravil o oddaji javnega naročila.

13. Predložitveno sodišče, ki odloča v tem sporu, je postavilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

„1. Ali je za javno naročilo gradenj v skladu s členom 1(2)(b) Direktive 2004/18 nujno,

da je gradnja za naročnika izvedena v predmetnem ali materialnem smislu in da ima od nje neposredno gospodarsko korist?

2. Če glede na opredelitev pojma javnega naročila gradenj iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 ni mogoče opustiti dejavnika izvedbe: ali je glede na drug primer iz te določbe mogoče domnevati, da je bila gradnja izvedena, če naj bi projekt gradnje za naročnika izpolnil določen javni namen (na primer, da je namenjen urbanističnemu razvoju komunalnega področja) in je naročnik na podlagi naročila odgovoren, da zagotovi, da se ta javni namen doseže in bo gradnja za ta namen na razpolago?

3. Ali iz pojma javnega naročila gradenj glede na prvi in drugi primer iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 nujno izhaja, da je podjetje neposredno ali posredno zavezano, da gradnjo izvede, in ali gre v takem primeru nujno za iztožljivo zavezo?

4. Ali iz pojma javnega naročila gradenj glede na tretji primer iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 nujno izhaja, da je podjetje h gradnji zavezano ali da je ta del predmeta naročila?

5. Ali naročila, s katerimi naj bi se – ob upoštevanju zahtev naročnika – zagotovilo, da bo gradnja, ki jo je treba izvesti, namenjena določenemu javnemu namenu in na podlagi katerih je naročnik (v skladu s pogodbenim dogovorom) odgovoren, da (posredno v lastnem interesu) zagotovi razpoložljivost gradnje za javni namen, spadajo v okvir pojma javnega naročila gradenj glede na tretji primer iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18?

6. Ali je pojem ‚zahteve naročnika' iz člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 izpolnjen, če mora biti gradnja izvedena po načrtih, ki jih je naročnik pregledal in odobril?

7. Ali je v skladu s členom 1(3) Direktive 2004/18 treba zavrniti koncesijo za javne

gradnje, če koncesionar je ali pa bo postal lastnik zemljišča, na katerem naj bi se gradilo, ali če je bila koncesija za gradnje dana za nedoločen čas?

8. Ali je treba Direktivo 2004/18 – iz katere za naročnika izhaja obveznost razpisa – uporabiti tudi, če prodaja zemljišča preko tretje osebe in oddaja javnega naročila gradenj nastopita s časovnim zamikom in ob sklenitvi posla v zvezi s prodajo zemljišča javno naročilo gradenj še ni oddano, vendar je naročnik v svoji zadnji izjavi izrazil namen, da bo takšno naročilo podelil?

9. Ali je različne, vendar med seboj povezane posle v zvezi s prodajo zemljišča in javnim naročilom gradenj v okviru oddaje naročila treba presojati enotno, če je ob sklenitvi pogodbe glede zemljišča obstajal namen oddaje javnega naročila gradenj in so stranke zavestno ustvarile tesno povezavo v vsebinskem – kjer je to upoštevno, pa tudi časovnem – smislu med pogodbama (v povezavi s sodbo Sodišča z dne 10. novembra 2005 v zadevi Stadt Mödling (C-29/04))?“

III – Uvodne ugotovitve

A – *Sodna praksa predložitvenega sodišča*

14. Za lažje razumevanje vprašanj predložitvenega sodišča je najprej potrebno pojasnilo. Zlasti je treba opozoriti, kot je to storilo predložitveno sodišče v svojem predlogu, da se sedanja sodna praksa predložitvenega sodišča (Oberlandesgericht Düsseldorf) v nekaterih vidikih razlikuje od velikega dela sodne prakse in doktrine na področju prava javnih naročil.

15. Stališče predložitvenega sodišča izhaja zlasti iz domneve, da predvsem urbanistična narava postopka načeloma ne izključuje uporabe določb Skupnosti o oddaji javnega naročila. V zvezi s tem nacionalno sodišče navaja sodno prakso Sodišča v zadevah Ordine degli architetti in drugi[4] ter Komisija proti Franciji[5].

16. Drugič, predložitveno sodišče je iz sodne prakse v zadevi Auroux in drugi[6] povzelo načelo, da je uporaba pravil Skupnosti

4 – Sodba Sodišča z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti in drugi (C-399/98, Recueil, str. I-5409).

5 – Sodba Sodišča z dne 20. oktobra 2005 v zadevi Komisija proti Franciji (C-264/03, ZOdl., str. I-8831).

6 – Sodba Sodišča z dne 18. januarja 2007 v zadevi Auroux in drugi (C-220/05, ZOdl., str. I-385).

o javnih naročilih povsem neodvisna od tega, ali namerava naročnik pridobiti lastništvo nad gradnjami, ki jih je treba izvesti, ali pa jih namerava zgolj posedovati in uporabljati. Z drugimi besedami, predpise Skupnosti o javnih naročilih je mogoče uporabiti ne glede na to, ali naročnik materialno pridobi stvar. Korist, h kateri stremi naročnik, je lahko tudi nematerialna, tako da pomeni, kot v obravnavani zadevi, da so bili doseženi nekateri cilji urbanističnega razvoja občinskega ozemlja.[7]

17. Na podlagi te sodne prakse predložitveno sodišče razlaga položaj, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, tako. Družbi GSSI naj bi bila dodeljena koncesija za javna dela[8], za katero bi morale biti uporabljene upoštevne določbe prava Skupnosti.[9] Dejstvo, da je družba GSSI pridobila lastninsko pravico nad zadevnimi stvarmi, naj ne bi bilo v nasprotju s to razlago, ker pojem „koncesija“, kot je opredeljen z Direktivo, naj ne bi izključeval niti nedoločenega trajanja koncesije niti priznanja, v prid koncesionarja, lastninske pravice nad stvarmi, ki so predmet koncesije.

18. Okoliščina, da je mestna občina Wildeshausen sicer izrazila naklonjenost urbanistični ureditvi, ki jo je predstavila družba GSSI, ni pa se formalno zavezala, da bo to ureditev odobrila, po mnenju predložitvenega sodišča ni element, ki bi lahko ovrgel njegovo razlago dogodkov. To sodišče se za utemeljitev, da se mora za pravno presojo obravnavanega primera upoštevati tudi dogodek, ki je časovno za dodelitvijo, če je zanjo odločilen, sklicuje zlasti na sodbo Sodišča v zadevi Komisija proti Avstriji (imenovana: Mödling).[10] V nasprotnem primeru bi lahko

7 – Poleg tega je bila po izdaji predložitvenega sklepa nemška zakonodaja spremenjena z zakonom z dne 20. aprila 2009 o modernizaciji prava o javnih naročilih (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I, str. 790), s katerim je bil spremenjen člen 99 zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen oziroma GWB), ki med drugim določa, da je v primerih, za katere velja tretji primer opredelitve javnega naročila gradenj, nujno, da dobi naročnik neposredno gospodarsko korist. Glej tudi opombo 35 v nadaljevanju.

8 – Vendar ni povsem jasno, katera oseba naj bi dodelila to koncesijo. Celo sama Komisija, za katero se je izkazalo, da je v zvezi s tem bolj naklonjena tezi predložitvenega sodišča, je morala na obravnavi priznati, da imata Bundesanstalt in mestna občina Wildeshausen v obravnavanem primeru nekatere tipične značilnosti te vloge, pri čemer ni mogoče priznati prevlade ne prvega ne druge v zvezi s tem.

9 – Po mnenju predložitvenega sodišča ni nobenega dvoma, da so pragi, določeni za uporabo Direktive, v obravnavanem primeru zelo prekoračeni. Dejansko, ker sama vrednost zemljišča ne presega navedenih pragov, utemeljitev predložitvenega sodišča obsega hipotetične elemente, ki jih ni mogoče zanikati. Po drugi strani, na podlagi ustaljene sodne prakse, v skladu s katero mora načeloma nacionalno sodišče presoditi upoštevnost vprašanj za izrek o sporu, menim, da bi Sodišče moralo v obravnavanem primeru zagotoviti odgovor na vprašanja, ki jih je postavilo Oberlandesgericht Düsseldorf. Glej v tem smislu na primer sodbe z dne 15. decembra 1995 v zadevi Bosman (C-415/93, Recueil, str. I-4921, točka 61); z dne 7. septembra 1999 v zadevi Beck in Bergdorf (C-355/97, Recueil, str. I-4977, točka 22); z dne 7. junija 2007 v združenih zadevah Van der Weerd in drugi (od C-222/05 do C-225/05, ZOdl., str. I-4233, točka 22) in z dne 17. julija 2008 v zadevi Corporación Dermoestética (C-500/06, ZOdl., str. I-5785, točka 23).

10 – Sodba Sodišča z dne 10. novembra 2005 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-29/04, ZOdl., str. I-9705).

bil polni učinek določb prava Skupnosti ogrožen.

19. Vendar, kot sem poudaril zgoraj, to sodišče priznava, da njegova razlaga prava Skupnosti, v delih, ki se uporabijo v tej zadevi, nikakor ni soglasno sprejeta. Zato Oberlandesgericht Düsseldorf z vprašanji za predhodno odločanje Sodišče sprašuje, ali je ta razlaga pravilna ali ne.

B – *Razlike med jezikovnimi različicami člena 1 Direktive*

20. Člen 1 Direktive v večini jezikovnih različic[11] loči tri različne vrste „javnega naročila gradenj“. Gre zlasti za primere:

– izvedba, bodisi izvedba in projektiranje *gradenj*[12], navedenih v Prilogi I k Direktivi (prva varianta);

– izvedba, bodisi izvedba in projektiranje, gradnje[13] (druga varianta);

– izvedba gradnje s katerimi koli sredstvi[14], ki ustreza potrebam naročnika (tretja varianta).

21. Direktiva takoj nato opredeli, da „[g]radnja“[15] pomeni „zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije“.

22. Treba je ugotoviti, da obstajajo velike razlike med jezikovnimi različicami.

23. To so najprej razlike, ki so posledica uporabe izrazov, ki niso vedno dosledni znotraj

11 – Vendar ne v vseh, na primer druga navedena varianta nima enakega izraza v portugalski različici.

12 – Italijanščina: „di lavori“; nemščina: „von Bauvorhaben“; angleščina: „of works“; francoščina: „de travaux“; španščina: „de obras“; nizozemščina: „van werken“; portugalščina: „de trabalhos“; grščina: „εργασιών“.

13 – Italijanščina: „di un opera“; nemščina: „eines Bauwerks“; angleščina: „a work“; francoščina: „d'un ouvrage“; španščina: „de una obra“; nizozemščina: „van een werk“; grščina: „ενός έργου“.

14 – Italijanščina: „di un'opera“; nemščina: „einer Bauleistung“; angleščina: „of a work“; francoščina: „d'un ouvrage“; španščina: „de una obra“; nizozemščina: „van een werk“; portugalščina: „de uma obra“; grščina: „ενός έργου“.

15 – Italijanščina: „opera“; nemščina: „Bauwerk“; angleščina: „work“; francoščina: „ouvrage“; španščina: „obra“; nizozemščina: „werk“; portugalščina: „obra“; grščina: „έργο“; italijanščina: „opera“.

treh navedenih variant: to je očitno zlasti, če smo pozorni na tri izraze, ki jih uporabljajo nekatere jezikovne različice, kot je bilo navedeno v opombah k zadevnim različicam.

25. Obstoj zgoraj navedenih težav z besedili močno odvrača od iskanja „pravilne“ razlage določb z njihovo strogo dobesedno analizo, ki je poleg tega omejena le na eno jezikovno različico. Dejansko nas lahko le sistematične in teleološke razlage, skupaj z dobrim občutkom za interpretacijo, vodijo pri iskanju pomena, ki ga je treba dati zadevnim določbam.

IV – Pravna presoja

24. Poleg tega sta v nemški različici še dve drugi pomembni razliki. Prvič, tretja varianta opredeljuje, da mora zadevno dejavnost opraviti „tretja oseba“ (durch Dritte): ta določba se ne pojavi v drugih jezikovnih različicah.[16] Drugič, dejavnost, navedena v tretji varianti, ni navedena kot „gradnja“ (Bauwerk), ampak kot „gradbena dejavnost“ (Bauleistung), zato se zdi, da se ta opredelitev „gradnje“ – v nemškem besedilu – lahko uporabi le za drugo varianto, in ne za tretjo.[17]

A – *Uvod: pojem naročilo javnih gradenj*

26. Da bi bilo mogoče na vprašanja predložitvenega sodišča odgovoriti karseda popolno, je treba najprej opredeliti glavne značilnosti naročila gradenj.

27. Takoj moram reči, da gre za pojem, ki izhaja iz prava Skupnosti, tako da opredelitev položaja na podlagi nacionalnega

16 – Vendar poudarjam, da – kot je na obravnavi navedla zlasti avstrijska vlada – se opredelitev iz besedila nemške različice ne razlikuje, ampak je mogoče le „bolj natančna“ v primerjavi z drugimi jezikovnimi različicami. Ob upoštevanju strukture zadevne določbe si je namreč težko predstavljati, tudi s sklicevanjem na druge jezikovne različice, da obravnavani primer spada v tretjo varianto, v kateri naj gradnje ne bi izvedla „tretja oseba“. V vsakem primeru je treba opozoriti, da se v skladu z ustaljeno sodno prakso formulacija določbe Skupnosti, ki se uporablja v eni izmed jezikovnih različic, ne more uporabiti kot edina podlaga za razlago te določbe in ne more imeti prednosti pred drugimi jezikovnimi različicami. V zvezi s tem glej sodbi z dne 27. marca 1990 v zadevi Cricket St. Thomas (C-372/88, Recueil, str. I-1345, točka 18) in z dne 19. aprila 2007 v zadevi Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, ZOdl., str. I-3225, točka 19).

17 – Te posebnosti nemške različice izhajajo že iz Direktive Sveta 89/440/EGS z dne 18. julija 1989, s katero je bila spremenjena Direktiva 71/305/EGS o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 210, str. 1). Direktiva 89/440 je prvič uvedla „tridelno“ definicijo javnega naročila del.

prava države članice v obravnavani zadevi ni upoštevna.[18]

28. Direktiva 2004/18 glede predmeta naročila določa, kot je navedeno zgoraj, tri glavne skupine. Vendar – če povzamem – je mogoče vseeno reči, da na podlagi člena 1 navedene direktive spadajo v pojem naročila javnih gradenj, po eni strani, dokončanje posebnih gradenj, ki spadajo v skupine, navedene v Prilogi I k Direktivi, in, po drugi strani, izvedba gradenj. Z drugimi besedami, pojem obsega tako dejavnost gradnje – ne glede na to, ali je rezultat gradnje stvar, ki je končana oziroma dovršena – kot tudi dejavnost uresničitve „dovršenih" posebnih stvari, eventualno tudi s strani tretjih oseb. Take stvari, katerih „dovršenost" je določena z Direktivo, ki določa, da izpolnjujejo „gospodarske in tehnične funkcije", so običajno opredeljene kot „gradnje".

29. Glede različnih posebnih položajev, ki jih je treba preučiti, je treba seveda od primera do primera presoditi, ali ti položaji spadajo na področje uporabe Direktive 2004/18. Vendar se mi zdi, da na splošno prožen pristop, ki bolj kot na tridelni opredelitvi iz večine jezikovnih različic člena 1 temelji na dvodelni opredelitvi gradenj, kot je navedena v prejšnjem odstavku, v večini primerov omogoča rešitev težave glede obstoja objektivnih pogojev za uporabo te direktive.

30. Ne glede na uporabljeni pristop pa ne smemo pozabiti, da je prisotnost elementa gradnje vidik, ki je značilen za vsa naročila javnih gradenj. Povedano drugače, da bi šlo za javne gradnje v smislu Direktive, morajo izvedene dejavnosti obsegati realizacijo stvari. Zgolj kupoprodaja stvari, ki že obstajajo, je namreč izrecno izključena iz področja uporabe Direktive.[19]

31. Člen 1 Direktive izrecno določa tudi druge bistvene značilnosti naročila gradenj. Določa, da je naročilo gradenj *pogodba*, sklenjena v pisni obliki in proti plačilu. Zadnja značilnost torej vključuje, da upravna protistoritev – ki ni nujno izražena v denarju,

18 – Glej v opombi 6 zgoraj navedeno sodbo Auroux in drugi (točka 40).

19 – Glej člen 16 Direktive.

vendar jo je nedvomno mogoče ekonomsko ovrednotiti – ustreza storitvi naročnika.[20]

32. Direktiva sama določa, kot rečeno, alternativo „tipičnemu“ modelu, v katerem javna uprava plača (v širšem smislu, kot smo videli) graditelja zgradbe. V tem alternativnem modelu, ki je model koncesije za javne gradnje, „je protivrednost del bodisi zgolj v pravici koriščenja zgradbe, bodisi v tej pravici, skupaj s ceno“. Po mnenju predložitvenega sodišča se v obravnavani zadevi uporabi sistem koncesije za javne gradnje, ker javna uprava dopušča, da oseba, ki namerava izvesti določena gradbena dela, v celoti izkoristi rezultate svoje gradbene dejavnosti v skladu s pravili o lastninski pravici. To vprašanje bo podrobno obravnavano v okviru preučitve sedmega vprašanja za predhodno odločanje.

33. Druga pripomba, ki jo je treba navesti, se nanaša na cilj, ki ga želijo doseči javni organi z gradnjo oziroma deli, ki jih želijo izvesti. Vendar, kot je opredeljeno v sodni praksi Sodišča, cilj za uporabo določb Direktive ni upošteven.[21] Pomemben je torej izključno obstoj objektivnih pogojev, ki so določeni v predpisih.

34. Ta nedoločnost predpisov Skupnosti glede ciljev, katerim v vsakem konkretnem primeru sledijo javni organi, se razlaga z dejstvom, da, kot je navedeno v uvodnih izjavah Direktive, je glavni cilj predpisov Skupnosti o javnih naročilih odpraviti omejitve temeljnih svoboščin in spodbujati učinkovito konkurenco.[22] Zato se gleda z vidika oseb, ki bi lahko bile zainteresirane za izvedbo gradnje, za te osebe pa je cilj, ki ga želi doseči javna uprava, očitno nepomemben.

35. Obsežen in ambiciozen cilj Direktive, ki ga je treba upoštevati pri njeni razlagi, kljub temu ne sme dajati vtisa, da je njeno področje uporabe mogoče neomejeno razširiti s sklicevanjem na cilj teh določb. Še zlasti bomo

20 – Na primer, namesto plačila nekega zneska denarja lahko javna uprava oprosti osebo plačila nekaterih prispevkov: glej v opombi 4 zgoraj navedeno sodbo Ordine degli Architetti in drugi (točke od 76 do 86).

21 – Sodba z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, Recueil, str. I-73, točka 32). Glej tudi sodbi z dne 18. novembra 2004 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-126/03, ZOdl., str. I-11197, točka 18) in z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 26).

22 – Glej zlasti uvodno izjavo 2 Direktive 2004/18 ter pred tem drugo in deseto uvodno izjavo razveljavljene Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54). V zvezi s tem glej tudi v opombi 4 zgoraj navedeno sodbo Ordine degli Architetti in drugi (točka 52) in sodbo z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi (C-470/99, Recueil, str. I-11617, točka 51 in navedena sodna praksa).

ugotovili, da so nekateri posebni sektorji, v katerih se Direktiva ne uporablja, že navedeni v njenem besedilu, in sicer v členih od 10 do 16. Zato ni dopustna izključno „funkcionalna“ razlaga Direktive, pri kateri se upoštevajo zgolj temeljni cilji, ki jih določa.

36. Namreč, če gledam z vidika „funkcionalne“ razlage, kot jo priporoča zlasti Komisija, je glavna težava določitev merila, na podlagi katerega je treba uporabiti Direktivo. Vendar Komisija sama navaja, da je zaskrbljena predvsem nad tem, da nekatere osebe lahko dobijo ugodnosti, ne da bi bile pred tem postavljene v enak položaj kot druge osebe, ki bi bile morebiti zainteresirane dobiti take ugodnosti. V primerih, kot je ta, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, naj bi bila ugodnost povečanje vrednosti zemljišča, povezano z dejstvom, da javna uprava dovoli izvedbo nekaterih gradbenih dejavnosti na tem zemljišču. Zato je treba skladno z razlago Komisije za vsako „povečanje vrednosti“ nepremičnine, če do njega pride zaradi ravnanja javnih organov, uporabiti določbe Direktive. Vendar je očitno, če sprejmem to stališče, da se soočimo s tveganjem, da bi morali sprejeti hipotezo, če je še tako absurdna, da je treba predpisom Direktive podrediti *vsako dejavnost urbanističnega urejanja*: po definiciji namreč ukrepi, s katerimi se ureja možnost gradnje, bistveno spremenijo vrednost zemljišča, za katero se uporabljajo.

37. Ta ekstremna teza dejansko ni z ničemer utemeljena. Vendar je, to je treba poudariti, logična posledica izključno funkcionalne razlage Direktive.

38. Nedvomno, kot rečeno, je sodna praksa Sodišča na nekaterih področjih sledila taki razlagi določb prava Skupnosti, ki je namensko „funkcionalna“. Tak primer je bil predvsem v okviru prava javnih naročil, kar zadeva pojma „naročnik“ in „organizacija javnega prava“.[23] V zvezi s tem je treba predvsem poudariti, da je bila v teh primerih funkcionalna razlaga uporabljena zato, da se opredeli obseg posebnega pojma, in ne za splošno opredelitev področja uporabe celotnega korpusa predpisov na področju javnih naročil. Poleg tega je bil v navedenih primerih glavni cilj uporabe funkcionalne razlage preprečiti nastanek znatnih pravnih praznin, ki bi odprle ogromne možnosti za zlorabe: mislim na primer, ko je bila tipična funkcija

23 – Glej na primer v opombi 22 zgoraj navedeno sodbo Universale-Bau in drugi (točka 53) ter sodbi z dne 13. decembra 2007 v zadevi Bayerischer Rundfunk in drugi (C-337/06, ZOdl., str. I-11173, točka 37) in z dne 10. aprila 2008 v zadevi Ing. Aigner (C-393/06, ZOdl., str. I-2339, točka 37).

organizacije javnega prava prevzeta po ustanovitvi družbe, brez spremembe njenega statuta[24], ali na primer, ko se je javno financiranje (v tem primeru financiranje organizacije za radiodifuzijo) izvajalo z naložitvijo plačila dajatve vsem imetnikom sprejemnika in ne z neposrednim plačilom iz javnih sredstev.[25]

39. Zato se mi zdi jasno, da je treba, nasprotno, področje uporabe Direktive opredeliti s sklicevanjem, prvič, na objektivne pogoje, ki so določeni s samo Direktivo. Seveda to ne pomeni, da se mora razlagalec izogniti vsaki „funkcionalni" ugotovitvi. Dejansko so cilji Direktive, kot je razvidno, ena od glavnih orientacijskih točk za razlago,[26] vendar za določitev področja uporabe predpisov ni mogoče določiti le enega referenčnega merila ali obiti želje zakonodajalca.

40. Zdaj bom prešel k preizkusu vprašanj za predhodno odločanje. Zaradi logične povezanosti vprašanj se bom najprej osredotočil na prvo, drugo, peto in šesto vprašanje.

24 – V opombi 22 zgoraj navedena sodba Universale-Bau in drugi.

25 – V opombi 23 zgoraj navedena sodba Bayerischer Rundfunk in drugi. Za podoben položaj glej tudi sodbo z dne 11. junija 2009 v zadevi Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, ZOdl., str. I-4779, točka 57).

26 – Glej na primer sodbe z dne 17. novembra 1983 v zadevi Merck (292/82, Recueil, str. 3781, točka 12), z dne 14. oktobra 1999 v zadevi Adidas (C-223/98, Recueil, str. I-7081, točka 23) in z dne 7. junija 2005 v zadevi VEMW in drugi (C-17/03, ZOdl., str. I-4983, točka 41).

B – *Prvo in drugo vprašanje*

41. S prvima dvema vprašanjema za predhodno odločanje, ki ju je mogoče obravnavati skupaj, predložitveno sodišče prosi Sodišče, naj opredeli, ali javno naročilo gradenj v smislu Direktive 2004/18 na splošno vključuje, da je predmet naročila stvar, ki jo je materialno pridobila javna uprava, za katero ta stvar pomeni neposredno gospodarsko korist. Če je odgovor pritrdilen oziroma če je, kot se je izrazilo predložitveno sodišče, „element pridobitve […] nujen", je Sodišče pozvano, naj se izreče, ali je zgolj splošno uresničevanje javnega cilja, na primer urbanistično urejanje občine, lahko tak element ali ne more biti.

1. Stališča strank

42. Stališča, ki jih zagovarjajo zainteresirane stranke, ki so predložile pripombe v tem postopku, pokrivajo zelo širok spekter.

43. Po eni strani nemška vlada, ki jo v zvezi s tem podpira Bundesanstalt in precej tudi

avstrijska vlada, močno pritrjuje potrebi po tem, da obstaja element pridobitve, da bi lahko govorili o naročilu javnih gradenj. Dejansko ta vlada zatrjuje, da ni nujno, da gre za materialno pridobitev in da lahko zadostuje zgolj gospodarski interes za javno upravo. Ne zadostuje pa, po mnenju nemške vlade, zgolj splošno uresničevanje javnega cilja, kot v obravnavanem primeru. Glede zgoraj navedene sodbe Auroux in drugi, ki je eden od stebrov stališča, h kateremu se nagiba nacionalno sodišče, nemška vlada poudarja, da v okviru zadeve, v kateri je bila izrečena ta sodba, vprašanje o obstoju neposredne gospodarske koristi za javno upravo ni bilo postavljeno, tako da Sodišče ni štelo, da bi bilo treba temu posvetiti pozornost. Vendar se tega nikakor ne sme razlagati v smislu izključitve nujnosti pogoja gospodarske koristi: ta pogoj, čeprav ni izrecno omenjen v Direktivi, naj bi bil impliciten v njeni splošni logiki. Glede trditev, ki temeljijo na nujnosti zagotavljanja polnega učinka Direktive in preprečevanja tveganja zlorab, se po mnenju nemške vlade ne sme dopustiti prikrita uporaba Direktive zunaj njenega naravnega področja uporabe. Morebitne potrebe po preprečevanju zlorab zunaj področja javnih naročil bi morale biti zadovoljene z uporabo drugih instrumentov in ne Direktive 2004/18.

44. Stališče, ki ga zagovarja Komisija, je popolnoma nasprotno stališču nemške vlade. Po mnenju Komisije je edini odločilen element za odgovor predložitvenemu sodišču dejstvo, da besedilo Direktive za obstoj naročila javnih gradenj ne zahteva, da javna uprava pridobi nekaj od tretjih oseb. Zahteva po obstoju elementa pridobitve bi bila torej enaka uvedbi pogoja, ki ga besedilo ne zahteva.

45. Nizozemska vlada zavzema vmesno stališče. Meni zlasti, da čeprav pridobitev gradnje s strani javne uprave ni potrebna, in sicer zlasti v smislu sodne prakse Sodišča, pojem javnega naročila gradenj kljub temu predpostavlja obstoj neposrednega gospodarskega interesa javne uprave. Ta neposredni gospodarski interes je zlasti lahko, odvisno od primera, bodisi gospodarska ugodnost za javno upravo bodisi to, kar nizozemska vlada opredeli kot „tveganje izgube“, ki ga nosi ta uprava. Vendar po mnenju nizozemske vlade v dejanskem stanju zadeve, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, ta gospodarski interes ne obstaja oziroma se tako vsaj zdi na podlagi dokazov, ki jih je predložilo predložitveno sodišče.

2. Presoja

46. Po mojem mnenju je pravilna razlaga Direktive 2004/18 na sredini med „ekstremnima“ stališčema nemške vlade in Komisije. Poleg tega se ne strinjam popolnoma s stališčem nizozemske vlade, ki se mi zdi preveč usmerjeno h gospodarskemu elementu za opredelitev pojma javnega naročila gradenj.

47. Za odgovor na vprašanje, predloženo Sodišču, se mi zdi pomembno izhajati iz tega, kako je treba razlagati zgoraj navedeno sodbo Auroux in drugi.[27] Kot vemo, je v tej zadevi občinska uprava brez vabila k oddaji ponudb dodelila izvedbo urbanističnega urejanja drugemu naročniku. V tem okviru bi drugi naročnik moral z delom sredstev, ki mu jih je dodelila občina, izvesti različne gradnje, ki so bile namenjene delno prodaji tretjim osebam in delno vrnitvi občinski upravi. Sodišče je ugotovilo, da ta položaj, ko prvi naročnik drugemu naročniku zaupa izvedbo gradnje, pomeni javno naročilo gradenj, neodvisno od dejstva, ali je ali ni določeno, da bo prvi naročnik, namreč občina, postal lastnik celotne gradnje ali dela te gradnje, ki jo je treba izvesti.[28]

48. Res je, da – kot navaja nemška vlada – v okoliščinah obravnavane zadeve ni bilo dvoma, da bo nekatere od gradenj, ki jih je bilo treba izvesti, vsaj deloma neposredno koristila občinska uprava. Vendar je hkrati res, da zelo široka formulacija, ki jo je izbralo Sodišče, po mojem mnenju izključuje nujnost, da neposredna pridobitev v prid javne uprave šteje za pogoj naročila javnih gradenj.

49. Po drugi strani je kljub temu treba razjasniti drugo značilnost obravnavanega primera, ki je bila preučena v zgoraj navedeni sodbi Auroux in drugi: v tem primeru je občinska uprava plačala precejšnjo vsoto denarja in je posredovala neposredno pri drugem naročniku za izvršitev želenih gradenj.

50. Če je še tako nujno, da se pojem naročilo javnih gradenj razlaga široko, da bi se izognili morebitnim zlorabam, ga vseeno ni mogoče neomejeno razširiti, kot sem navedel že zgoraj.[29] Taka „funkcionalna“ razlaga ne more popolnoma ignorirati omejitev področja uporabe Direktive. Čeprav je nedvomno res, da je glavni cilj direktiv na področju javnih naročil spodbujati konkurenco med podjetji in odprtost trga, je tudi res, da je treba zunaj

27 – Navedena v opombi 6 zgoraj.

28 – Prav tam, točka 47.

29 – Glej točko 35 in naslednje zgoraj.

področja uporabe Direktive ta cilj uresničevati z uporabo drugih ustreznih zakonodajnih instrumentov, brez prekomernega razširjanja področja uporabe določb o javnih naročilih.

51. Torej je nujno precej natančno določiti meje tega področja uporabe, ki morajo pomeniti neprehodne omejitve za uporabo določb Direktive.

52. Vendar se mi zdi, da preučitev celotnega besedila določb, ob upoštevanju dosedanje razlage Sodišča omogoča določitev temeljnega načela, po katerem mora, da bi dana dejavnost spadala na področje prava javnih naročil gradenj, obstajati trdna *neposredna zveza* med javno upravo in gradnjami oziroma izvedbo neke gradnje. Ta zveza običajno izhaja iz dejstva, da se gradnje oziroma izvedbe gradenj uresničijo na pobudo javne uprave.

53. Povsem nematerialna in posredna korist torej v nasprotju s tem, kar meni predložitveno sodišče, ni dovolj. Tudi ni dovolj zgolj dejstvo, da dejavnost, ki jo je treba obravnavati, v celoti ustreza javnemu interesu. Treba je namreč ugotoviti, da v primerih, ko dejavnost zahteva predhodno odobritev javne uprave (kar je običajno za vse gradbene dejavnosti), mora biti sama dejavnost, da bi lahko bila odobrena, očitno skladna z javnim interesom, ki je glede dejavnosti referenčno merilo za odobritev, ki jo dajo javni organi. Splošen obstoj javnega interesa, ki upravičuje odobritev dejavnosti, torej ne more biti – razen če bi področje uporabe Direktive nekontrolirano razširili – odločilno merilo za opredelitev položajev, ki spadajo na to področje. Zlasti je treba upoštevati dejstvo, da se gradbeno dovoljenje, namreč tipični izraz upravnih organov na *objektivno* urbanističnem področju,na splošno omejuje na dopustitev pobude, ki izhaja iz posameznika in ne iz javne uprave.

54. Menim, da zahteva po obstoju neposredne zveze med javno upravo in gradnjami, ki jih je treba izvesti, omogoča, da se uskladijo nujne potrebe – ki si po navadi nasprotujejo –, da se prepreči zlorabe, in po drugi strani, da se prepreči nenadzorovana razširitev

področja uporabe Direktive. Ta rešitev omogoča zlasti učinkovito spoštovanje tega, kar je Sodišče navedlo v zgoraj navedeni sodbi Auroux in drugi, v skladu s katero pridobitev lastnine nad gradnjami s strani uprave ni nujni pogoj za uporabo predpisov o oddaji javnih naročil. Vendar te sodbe ni mogoče uporabiti za utemeljitev pristopa, s katerim se popolnoma abstrahira tesna zveza med javnimi oblastmi in gradnjami, ki jih je treba izvesti: natančneje, merilo neposredne zveze je lahko po mojem mnenju ustrezen izraz te nujne zveze.

55. Ta neposredna zveza je zlahka prepoznavna, prvič, v položajih, v katerih javna uprava dobi neposredno lastnino nad stvarjo, ki jo je treba realizirati. Očitno gre za najbolj tipičen primer in večina primerov, v katerih je treba uporabiti Direktivo, spada v ta referenčni model. Sem spadajo tudi položaji, v katerih so stvari, ki jih je treba izvesti, tudi če javna uprava ne pridobi lastništva, v vsakem primeru *neposredna gospodarska ugodnost* za to upravo. Lahko gre na primer za primere, v katerih javne oblasti dobijo nad zgrajenimi stvarmi pravico, ki, čeprav to ni lastninska pravica, vseeno omogoča uživanje zadevne stvari vsaj v neki meri.

56. Drug primer neposredne zveze med javno upravo in gradnjami, ki jih je treba izvesti, so po mojem mnenju primeri, ko javna uprava za izvedbo gradenj uporabi javna sredstva. Tu gre očitno največkrat za položaje, ki prav tako spadajo k prvemu primeru, navedenemu v prejšnji točki, ob tem da po najbolj klasičnem modelu uporabe javnih sredstev za izvedbo gradenj, to je model javnega naročila, javne oblasti plačajo za pridobitev lastništva nad stvarmi, ki bodo realizirane. Poleg tega, kot smo videli, se lahko tudi po modelu koncesije uporabijo javna sredstva, čeprav ta ne morejo pokriti celotne vrednosti gradenj in gradbenih del, ki jih je treba izvesti.

57. Ta drugi primer vseeno zajema tudi položaje, v katerih javna uprava, kljub temu, da potroši denar oziroma druge javne vire, ne dobi lastništva nad stvarmi, ki jih je treba realizirati. Kot je navedlo Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Auroux in drugi, pridobitev lastništva dejansko ni nujen element. Poleg tega se zdi popolnoma v skladu z zahtevami pravičnosti in skladnosti s temeljnimi načeli

Direktive, da če želijo javne oblasti uporabiti javna sredstva, mora izbira oseb, ki bodo prejele ta sredstva, potekati v okviru zagotovil, ki jih določa ta direktiva.

58. Ni treba poudarjati, da ta primer vključuje položaje, v katerih uporabljena javna sredstva niso denarna: v mislih imam primer, ko ima naročnik ali koncesionar za izvedbo gradenj ali gradbenih del na voljo javna zemljišča brezplačno ali po ceni, ki je nižja od tržne.

59. Tretji primer neposredne zveze med javno upravo in gradnjami ali gradbenimi deli, ki jih je treba izvesti, se nanaša na primere, ko so te gradnje oziroma gradbena dela, ne glede na to, ali spadajo v prvo ali drugo skupino, posledica pobude same javne uprave. Tako je zlasti, če javni organi na lastno pobudo začnejo postopek za izvedbo gradenj. Ta položaj je tak, kot ga je Sodišče obravnavalo v sodbi Auroux in drugi.[30]

30 – Navedena v opombi 6 zgoraj (točka 42).

60. Tretji in zadnji primer zahteva zelo natančno pojasnitev. Dejavnost, ki jo v tem okviru izvaja javna uprava, mora presegati zgolj uporabo pristojnosti, ki so splošno priznane tej upravi na urbanističnem področju. Le tako je namreč mogoče določiti jasno mejo med dejavnostmi, ki spadajo na področje uporabe Direktive in „običajnimi“ dejavnostmi urbanističnega urejanja, ki ne spadajo na to področje. Nacionalno sodišče mora v vsakem posameznem primeru presoditi, za katero vrsto dejavnosti gre.

61. V tem okviru ni izključena možnost, da je tudi realizacija nekega urejanja zemljišča lahko predmet pogodbe, ki spada na področje uporabe Direktive. Taka možnost kljub temu predpostavlja, da med javno upravo in gradnjami oziroma deli, ki jih je treba izvesti, obstaja neposredna zveza v smislu, navedenem v prejšnji točki. Zgolj uresničevanje splošnega interesa z uporabo običajnih pristojnosti na področju urbanizma ni dovolj za uporabo pravil Skupnosti na področju naročil in koncesij.

62. V obravnavani zadevi mora seveda nacionalno sodišče presoditi, ali obstaja taka neposredna zveza. Vendar ugotavljam, da je na

podlagi elementov, ki jih je nacionalno Sodišče predložilo Sodišču, težko reči, da ta zveza obstaja. Po eni strani namreč ni dvoma, da javna uprava v obravnavanem primeru ne bo prejela nobene stvari in ne bo dobila nobene neposredne gospodarske ugodnosti. Prav tako se ne zdi, da bi šlo za katerega od drugih položajev, v katerih bi lahko bila ugotovljena neposredna zveza, ker mestna občina Wildeshausen ni prevzela nobene posebne pobude za izvedbo gradenj, ampak je le ocenila različne predložene načrte in niti ni imela izdatkov za gradnjo. Take zveze prav tako ni mogoče opaziti glede Bundesanstalt.

preprosto to, da lahko javna uprava zagotovi, da gradnje, ki jih je treba izvesti, ustrezajo splošnemu interesu.

65. S šestim vprašanjem pa je Sodišče pozvano, naj se izreče, ali so navedene „zahteve naročnika“ lahko dejansko del pristojnosti, ki je priznana javni upravi, da preveri in odobri gradbene načrte.

C – *Peto in šesto vprašanje*

1. Trditve strank

63. Peto in šesto vprašanje za predhodno odločanje se nanašata le na tretjo „varianto“ pojma javnega naročila gradenj[31] in nekoliko povzemata, kar zadeva ta primer, težave, ki so bile navedene v okviru prvih dveh vprašanj, zlasti pri drugem vprašanju.

66. Vse zainteresirane stranke, ki so predložile stališča, razen seveda družbe Helmut Müller, se strinjajo glede dejstva, da v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari, niso izpolnjeni pogoji, ki se zahtevajo za vzpostavitev javnega naročila gradenj v smislu tretje variante.

64. Natančneje, predložitveno sodišče s petim vprašanjem sprašuje, ali „zahteve naročnika“, ki so predmet navedene variante, lahko pomenijo

67. Natančneje, Komisija ter nizozemska in francoska vlada vztrajajo pri zahtevi, da se loči med „aktivno“ vlogo javne uprave, pri kateri

31 – Glej točko 20 zgoraj.

ta prevzame pobudo za izvedbo gradenj, oziroma v vsakem primeru odločilno vpliva nanje, ter povsem „pasivno“ vlogo, pri kateri se javne pristojnosti omejujejo na funkcije odobritve in nadzora projektov, ki prihajajo od posameznikov. V tem drugem primeru naj ne bi šlo za javno naročilo, ampak bolj za to, da javne uprave izvajajo svoje običajne funkcije načrtovanja, odobritve, nadzora itd.

68. Nemška vlada svoje stališče utemeljuje z ugotovitvijo, da morajo biti tudi za tretjo varianto pojma javnega naročila gradenj izpolnjeni pogoji, za katere ta vlada meni, da so nujni za obstoj prvih dveh variant, zlasti pogoj neposredne gospodarske koristi za javno upravo.

2. Presoja

69. Zdi se mi, da odločitev predložitvenega sodišča, da v vprašanjih, postavljenih Sodišču, loči problematiko prvih dveh variant pojma javnega naročila gradenj, ki je predmet zlasti drugega vprašanja, od problematike tretje variante, ki je bistvo petega in šestega vprašanja, izvira iz njegove želje, da bi iz besedila tretje variante povzelo znatno razširitev področja uporabe te direktive.

70. Vendar ni nobenega dvoma, kot je Komisija lepo pojasnila v svojih stališčih, da je bila tretja varianta pojma javnega naročila gradenj dejansko zasnovana zato, da se ne bi obšli ti predpisi, s tem da se dopusti, da pokrijejo različne vrste položajev, ki naj bi jih bilo nemogoče vnaprej izčrpno opredeliti.

71. Vendar, kot sem navedel že zgoraj, tega besedila ni mogoče uporabiti za povsem nenadzorovano razširitev obsega. Zlasti če bi „zahteve naročnika“ lahko zajele vse funkcije odobritve in urbanističnega načrtovanja javnih organov, bi se področje uporabe Direktive prekomerno razširilo.

72. Dejansko je treba tudi glede tretje variante uporabiti ugotovitve, ki sem jih navedel zgoraj glede prvih dveh vprašanj za predhodno odločanje. Ni razloga za predpostavko, da je

pri tretji varianti mogoče zanemariti zahtevo po neposredni zvezi med javno upravo in gradnjami, ki jih je treba izvesti, zato da bi bilo mogoče uporabiti Direktivo 2004/18.

D – *Vmesni sklep*

73. S tem končujem presojo prvega, drugega, petega in šestega vprašanja za predhodno odločanje in Sodišču predlagam, naj na ta vprašanja odgovori tako, da pritrdi, da javno naročilo gradenj ali koncesija javnih gradenj v smislu Direktive 2004/18 predpostavljata obstoj neposredne zveze med naročnikom in gradnjami oziroma gradbenimi deli, ki jih je treba izvesti. Ta neposredna zveza je lahko na primer v tem, da se te gradnje izvedejo za javno upravo ali ima ta z njimi neposredno gospodarsko korist, ali v tem, da je naročnik prevzel pobudo za izvedbo ali vsaj delno nosi stroške v zvezi s tem.

E – *Tretje in četrto vprašanje*

74. Oberlandesgericht Düsseldorf s tretjim in četrtim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je v pojmu javnega naročila gradenj bistveno, da se prevzemnik naročila zaveže glede izvedbe gradnje oziroma gradbenih del. Razlog za ti, očitno posamični, vprašanji je to, da v okoliščinah postopka v glavni stvari ni sporno, da kupec zemljišča pri nakupu tega zemljišča ni prevzel nobene obveznosti graditi na njem.

75. Skoraj vse zainteresirane stranke, ki so predložile stališča, se na splošno strinjajo, da je treba na ti vprašanji odgovoriti pritrdilno, in zdi se, da med njihovimi stališči ni zaznati bistvenih razlik. Le družba Helmut Müller, tožeča stranka v postopku v glavni stvari, iz očitnih razlogov Sodišču predlaga nasprotno, naj sledi pristopu predložitvenega sodišča, da ta obveznost ni nujna.

76. Vendar se mi zdi jasno, da je treba na vprašanji odgovoriti pritrdilno in da je obveznost izvedbe gradenj oziroma gradbenih del nujen element za obstoj javnega naročila gradenj oziroma koncesije gradenj.

77. To je razvidno predvsem iz določb same Direktive 2004/18, ki, kot smo videli, opredeljuje javno naročilo gradenj kot odplačno

pogodbo. Na podlagi tega pojma torej obstaja ideja o izmenjavi storitev med naročnikom, ki plača ceno (ali podredno podeli pravico do uporabe), in prevzemnikom naročila, ki mora izvesti gradnje oziroma gradbena dela. Vzajemnost javnega naročila je zato očitna. Bilo bi v nasprotju s to vzajemnostjo, če bi priznali, da se lahko prevzemnik naročila, potem ko je prevzel naročilo, odloči, enostransko in brez posledic, da ne bo realiziral, kar je bilo predvideno. To bi pomenilo priznanje diskrecijske pravice prevzemnika naročila glede zahtev in potreb naročnika.

78. Drugačno in konceptualno različno vprašanje, ki ga je še postavilo predložitveno sodišče, se nanaša na to, ali je za javno naročilo gradenj nujno, da je morebitna obveznost, ki jo je prevzemnik naročila prevzel od javne uprave, obveznost, katere izvedbo je mogoče pravno uveljavljati. Nacionalno sodišče torej sprašuje, ali mora biti za naročnika predvidena možnost, da v primeru neizvedbe lahko sodno uveljavlja, da prevzemnik naročila izpolni to obveznost.

79. Če predložitveno sodišče s tako oblikovanim vprašanjem sprašuje Sodišče, ali mora nacionalno pravo glede javnih naročil gradenj v smislu Direktive 2004/18 nujno določiti mehanizem, s katerim se lahko prevzemnika naročila zaveže, da izvede gradnjo oziroma gradbena dela, določena v pogodbi, menim, da je treba odgovoriti nikalno, saj v Direktivi ni mogoče najti nobene navedbe v tem smislu.

80. Vendar pa to ne pomeni, da je morebitna neizpolnitev obveznosti prevzemnika naročila lahko brez pomena. Ne smemo namreč pozabiti, da – kot smo že navedli zgoraj – je naročilo javnih del vsekakor pogodba, torej pravni akt, za katerega je kljub vsej raznolikosti nacionalnih pravnih redov vedno značilna zavezujoča narava. Kot nemška vlada pravilno poudarja v svojih stališčih, mora biti prevzemnik naročila, da bi bilo mogoče govoriti o naročilu javnih gradenj, pogodbeno zavezan, da izvede določeno storitev. Posledice morebitne neizpolnitve obveznosti pa so prepuščene nacionalnemu pravu: nič ne nasprotuje temu, da nacionalno pravo države članice za primere, ko prevzemnik naročila ne izpolni obveznosti, določa odpoved pogodbe, dodelitev naročila drugemu prevzemniku naročila in pravico javne uprave, da od prvega prevzemnika naročila zahteva odškodnino.

81. Zato Sodišču predlagam, naj na tretje in četrto vprašanje za predhodno odločanje

odgovori tako, da pojem javnega naročila gradenj in pojem koncesije za javne gradnje v smislu Direktive 2004/18 predpostavljata, da je prevzemnik naročila nasproti javni upravi pogodbeno zavezan izpolniti dogovorjeno storitev. Nacionalno pravo mora določiti posledice za morebitno neizpolnitev obveznosti prevzemnika naročila.

1. Stališča strank

83. Najbolj jasno stališče glede te težave je stališče nemške vlade, ki na splošno izključuje, da bi bila koncesija združljiva z obstojem lastninske pravice. Po definiciji namreč koncesija predpostavlja, da ima podelitelj koncesije pravice, ki so nato prenesene na koncesionarja.

F – *Sedmo vprašanje*

84. Nizozemska in avstrijska vlada, s tem da ne izključujeta absolutno združljivosti koncesije z lastninsko pravico, menita, da je bila vloga javne uprave v obravnavani zadevi preveč omejena, da bi lahko šlo za koncesijo. Da bi šlo za koncesijo, bi bilo po mnenju teh vlad nujno, da javni organi dajo koncesionarju vsaj natančna navodila glede gradenj oziroma gradbenih del, ki jih je treba izvesti.

82. Predložitveno sodišče s sedmim vprašanjem sprašuje, ali lahko gre za koncesijo javnih del v smislu Direktive 2004/18, če ima „koncesionar“ lastninsko pravico, ki mu že sama po sebi daje pravico do uporabe stvari, ki je predmet koncesije.[32] Splošneje, vprašanje se nanaša na to, ali je glede na pravo Skupnosti dopustna koncesija za nedoločen čas.

85. Komisija je edina, ki sprejema bolj odprto stališče. Sklicuje se zlasti na dejstvo, da je za koncesijo gradenj značilno, da koncesionar nosi gospodarsko tveganje, povezano z izvedbo gradenj oziroma gradbenih del, in meni, da je v obravnavani zadevi to gospodarsko tveganje mogoče videti v negotovosti „koncesionarja“ glede tega, ali bo javna uprava sprejela njegove gradbene načrte, za

32 – Če smo natančni, je treba opozoriti, da se predložitveno sodišče pri formulaciji vprašanja sklicuje na lastništvo zemljišča, na katerem je treba graditi. Kot to sodišče navaja v razlogih za predložitveni sklep, v nemškem pravu pravica do koriščenja zgradbe izhaja neposredno iz lastninske pravice glede zemljišča, na katerem je ta zgrajena. Zato je dejanska težava, ki je podlaga za to vprašanje, težava razmerja med koncesijo in lastninsko pravico.

izvedbo katerih je bilo najprej treba odplačno pridobiti zemljišče.

88. Na podlagi iste opredelitve je koncesija možnost, priznana osebi, da uživa stvar, glede katere sicer ne bi mogla uveljavljati nobene pravice.

2. Presoja

89. Sama Direktiva 2004/18 v opredelitvi koncesije za javne gradnje govori le o „pravici do koriščenja gradnje“, ki je priznana kot nadomestilo osebi, ki gradi to gradnjo.

86. Sedmo vprašanje je z nekega vidika vsaj načeloma najbolj problematično. Težava združljivosti med koncesijo javnih naročil in lastninsko pravico namreč znatno vpliva na teorijo in prakso.

87. Odločitev javne uprave, da uporabi oddajo javnih naročil, je lahko posledica različnih razlogov. V nekaterih primerih je to lahko želja izkoristiti posebne izkušnje, ki so na voljo v zasebnem sektorju, ali bolj učinkovito graditi. Kakorkoli, v večini primerov ni nobenega dvoma, da odločitev o uporabi koncesije izpolnjuje finančne zahteve. Z uporabo tega instrumenta je namreč mogoče izvesti gradnje splošnega interesa brez obremenjevanja javnega proračuna.[33]

90. Vendar, čeprav je „pravico do koriščenja“ mogoče razlagati široko, se mi zdi, da je treba izključiti, ob upoštevanju smisla in splošne logike zadevnih predpisov, možnost koncesije za javne gradnje, v kateri je lastninska pravica nad gradnjami priznana koncesionarju.

33 – V zvezi s tem glej *ratio legis* razlagalno sporočilo Komisije o koncesijah v pravu Skupnosti (UL 2000, C 121, str. 2, točka 1.2) in zadnje sporočilo Komisije Evropskemu Parlamentu, Svetu, Ekonomskemu in socialnemu odboru ter Odboru regij o javno-zasebnem partnerstvu in pravu Skupnosti o javnih naročilih in koncesijah z dne 15. novembra 2005 (COM(2005) 569 konč., točka 1).

91. Prvič, kot je navedla zlasti nemška vlada, se zdi, da dejstvo, da Direktiva govori o pravici do koriščenja, ki je dodeljena koncesionarju,

povsem logično vključuje, da koncesionar ne more imeti nad zadevno stvarjo širše pravice, kot je lastninska pravica.

92. Ta položaj bi – poleg tega, da je težko združljiv z besedilom zadevne določbe – javnim organom odvzel to, kar se mi zdi bistvena značilnost koncesije za javne gradnje, in sicer možnost javne uprave, da nekega dne prevzame posest zgrajenih gradenj, morebiti tudi zgolj za ponovno dodelitev pravice do koriščenja teh gradenj.

93. Z drugimi besedami, težava se pojavi, bolj kot glede objektivnih značilnosti lastninske pravice v zvezi z možnostjo koriščenja stvari, zaradi splošne časovne omejenosti te pravice. Pravice koriščenja, dodeljene koncesionarju, torej nikakor ni mogoče odobriti za nedoločen čas, ne glede na pravni naslov, na podlagi katerega se lahko izvaja.

94. Poleg tega ne smemo pozabiti, da je v tipičnem modelu koncesije po pravu Skupnosti glavni razlikovalni element, ki se uporablja predvsem za razločevanje koncesije od javnega naročila, to, da pri koncesiji obstaja gospodarsko tveganje, ki ga nosi koncesionar, v primeru javnega naročila pa tega tveganja ni.[34] Da bi v obravnavanem primeru ugotovili, ali obstaja tveganje take vrste, mora Komisija to tveganje pripisati dejstvu, da bi javni organi pri izvajanju njihovih funkcij na področju urbanizma lahko, potem ko zainteresirana oseba kupi zemljišče, zavrnili izdajo gradbenega dovoljenja za načrtovane gradnje. Vendar se zdi, da pri tem „tveganju“ ne gre toliko za tveganje v zvezi z gospodarskim koriščenjem gradenj, kot za običajno negotovost, v kateri je lahko vsak posameznik, ki mora prositi za diskrecijski ukrep javne uprave.

95. Sicer pa je gospodarsko tveganje, ki je značilno za koncesijo za javne gradnje, ki jo pokriva Direktiva, jasno neposredna posledica tudi časovne omejenosti te koncesije. Časovno omejena pravica nad stvarmi, ki jih je treba zgraditi, pa načeloma v vsakem primeru omogoča izključitev obstoja gospodarskega tveganja, ker je sčasoma vedno mogoče

34 – Glej sodbi z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 40) in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Komisija proti Italiji (C-437/07, povzetek objavljen v ZOdl., str. I-153*, točke od 29 do 31). Ni nujno, da je to tveganje veliko, ker obstajajo dejavnosti, pri katerih je samo po sebi omejeno, vendar mora biti prisotno v celoti ali vsaj kot znaten del tveganja, ki bi mu bil izpostavljen javni organ, če bi moral opraviti te dejavnosti neposredno sam (sodba z dne 10. septembra 2009 v zadevi Eurawasser (C-206/08, ZOdl., str. I-8377, točke od 69 do 77).

urediti morebitne težavne faze pri koriščenju stvari.

96. Končno obstaja še en argument za splošno omejeno trajanje koncesij v okviru prava Skupnosti. V teh sklepnih predlogih sem že večkrat poudaril, da je temeljni cilj predpisov Skupnosti na področju javnih naročil čim bolj spodbujati konkurenco z odpravo vsakega omejevanja temeljnih svoboščin. V tem smislu bi priznanje možnosti časovno neomejene koncesije pomenilo izključitev – v škodo konkurence in učinkovitosti – možnosti, da bi v prihodnje gradnje koristile druge osebe, na podlagi bolj učinkovitih metod in po bolj učinkovitih merilih.

97. Iz zgoraj navedenega izhajata dve posledici. Po eni strani na splošno ni mogoče dodeliti časovno neomejenih koncesij.[35] Po drugi strani koncesije nad stvarjo ni mogoče dodeliti osebi, ki je že njen lastnik, razen če na podlagi nacionalnega prava javna uprava pridobi nad stvarjo lastninsko ali podobno pravico.

98. Skratka, Sodišču predlagam, naj na sedmo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da koncesija za javne gradnje v smislu Direktive 2004/18 nikakor ne more določati, da se koncesionarju prizna časovno neomejena pravica nad stvarjo, ki je predmet koncesije.

G – *Osmo in deveto vprašanje*

99. Tudi osmo in deveto vprašanje za predhodno odločanje se glede na njun predmet lahko preizkusita skupaj. Predložitveno sodišče z osmim vprašanjem sprašuje, ali se določbe Direktive 2004/18 uporabljajo že od takrat, ko javna uprava, čeprav še ni formalno odločila o dodelitvi javnega naročila, proda zemljišče z namenom, da nato dodeli naročilo glede tega zemljišča. Deveto vprašanje pa se

35 – Zdi se mi, da je novi nemški zakon, naveden v opombi 7 zgoraj, ki je med drugim uvedel definicijo koncesije za javne gradnje, ki izrecno navaja časovno omejenost pravice, ki je priznana koncesionarju, torej pravilen in v skladu z zakonodajo Skupnosti.

nanaša na možnost, da odsvojitev zemljišča in naknadna dodelitev naročila štejeta za eno in isto s pravnega vidika.

100. Obe vprašanji, kot je videti, se nanašata na možnost, da se zajame morebitne zlorabe prava, katerih cilj je izognitev uporabi določb Skupnosti na področju javnih naročil, tako da se te določbe uporabljajo na način, ki ne upošteva tipičnega kronološkega vrstnega reda, ki je tudi določen v Direktivi.

101. Treba je opozoriti, da je ob upoštevanju odgovorov, ki jih predlagam na vprašanja za predhodno odločanje, zlasti na sedmo vprašanje, verjetno odveč odgovoriti še na osmo in deveto vprašanje, ker je treba izključiti, da bi naročilo ali koncesija za javne gradnje v smislu prava Skupnosti lahko bila združljiva z lastninsko pravico domnevnega prevzemnika naročila oziroma koncesionarja nad zadevnimi stvarmi. Vendar bom zaradi celovitosti odgovora in za primer, da se Sodišče ne bi strinjalo z mojim pristopom glede prejšnjih vprašanj, navedel nekaj kratkih ugotovitev v zvezi s tem.

102. Med zainteresiranimi strankami, ki so predložile stališča v okviru te zadeve, je le Komisija naklonjena pristopu, ki ga predlaga predložitveno sodišče. Z ugotovitvijo, da mora nacionalno sodišče presoditi vsak posamezni primer, Komisija prizna, da se načeloma v položaju, kot je ta v postopku v glavni stvari, lahko uporabi Direktiva 2004/18 že od takrat, ko se uprava odloči prodati zemljišče. Vse druge stranke pa, z različnimi odstopanji, menijo, da sam namen javne uprave ni pomemben.

103. Kot poudarja predložitveno sodišče, je treba za odgovor na osmo in deveto vprašanje nedvomno upoštevati ugotovitve Sodišča v zgoraj navedeni sodbi „Mödling“.[36] V tej zadevi je Sodišče obravnavalo položaj, v katerem je avstrijska občina neposredno dodelila storitve zbiranja smeti družbi, ki je v celoti pod nadzorom navedene občine, in nekaj dni pozneje prenesla 49-odstotni delež te družbe na zasebno podjetje. Sodišče je zato ugotovilo, da če gre za očiten „umetni konstrukt“[37], katerega posledica je predvsem ogrožanje polnega učinkovanja direktiv na področju oddaje naročil, je treba zadevo preučiti „ob

36 – Glej opombo 10 zgoraj.
37 – Prav tam, točka 40.

upoštevanju vseh teh faz in njihovih ciljev in ne glede na njihov strogo kronološki potek."[38]

104. Zdi se mi očitno, da ima obrazložitev Sodišča v sodbi „Mödling" dva temelja. Prvi, ki je izrecno naveden, je potreba po ohranjanju polnega učinka Direktive.[39] Drugi, implicitni, ki je v bistvu druga stran iste medalje, pa je želja po zajetju zlorab pravic.

105. To, kar je Sodišče navedlo v sodbi „Mödling", je zagotovo mogoče posplošiti in torej omogoča potrditev, da za preprečevanje zlorab pravic in za zagotovitev polnega učinka predpisov Skupnosti na področju javnih naročil dva formalno različna akta, zlasti s kronološkega vidika, lahko štejeta za istočasna oziroma za en sam pravni akt.

106. To presojo opravi seveda nacionalno sodišče, ki edino razpolaga z vsemi dejanskimi in pravnimi elementi, ki so za to potrebni. Iz očitnih razlogov v zvezi z nujnostjo zagotovitve pravne varnosti morajo biti kljub temu izpolnjeni nekateri strogi pogoji. Zlasti, med prodajo zemljišča in oddajo naročila mora biti razumno kratko obdobje in obstajati morajo prepričljivi dokazi za to, da je namen uprave glede naročila obstajal že ob prodaji zemljišča. Razen primerov očitne zlorabe, v katerih je namen, da se obide predpise, očiten od začetka, lahko le presoja *ex post* ustrezno upošteva vse navedene elemente.

107. Zato predlagam, naj se na osmo in deveto vprašanje, če je potrebno, odgovori tako, da je v primerih, ko gre očitno za namen, da se obidejo določbe Skupnosti o javnih naročilih in koncesijah, pri pravni presoji obravnavanega primera mogoče dva formalno različna akta, zlasti s kronološkega vidika, in sicer prodajo zemljišča in dodelitev naročila ali koncesije za to zemljišče, šteti za en sam pravni akt. Obstoj takega namena, da se obidejo določbe, mora preveriti nacionalno sodišče glede na vse okoliščine obravnavanega primera.

38 – Prav tam, točka 41.
39 – Prav tam, točka 42.

V – Predlog

108. Nazadnje Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je postavilo Oberlandesgericht Düsseldorf, odgovori:

Javno naročilo gradenj ali koncesija za javne gradnje v smislu Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev predpostavljata obstoj neposredne zveze med naročnikom in gradnjami oziroma gradbenimi deli, ki jih je treba izvesti. Ta neposredna zveza je lahko na primer v tem, da se te gradnje izvedejo za javno upravo ali ima ta z njimi neposredno gospodarsko korist, ali v tem, da je naročnik prevzel pobudo za izvedbo ali vsaj delno nosi stroške v zvezi s tem.

Pojem javnega naročila gradenj in pojem koncesije za javne gradnje v smislu Direktive 2004/18 predpostavljata, da je prevzemnik naročila nasproti javni upravi pogodbeno zavezan izpolniti dogovorjeno storitev. Nacionalno pravo mora določiti posledice za morebitno neizpolnitev obveznosti prevzemnika naročila.

Koncesija za javne gradnje v smislu Direktive 2004/18 nikakor ne more določati, da se koncesionarju prizna časovno neomejena pravica nad stvarjo, ki je predmet koncesije.

V primerih, ko gre očitno za namen, da se obidejo določbe Skupnosti o javnih naročilih in koncesijah, je pri pravni presoji obravnavanega primera mogoče dva formalno različna akta, zlasti s kronološkega vidika, in sicer prodajo zemljišča in dodelitev naročila ali koncesije za to zemljišče, šteti za en sam pravni akt. Obstoj takega namena, da se obidejo določbe, mora preveriti nacionalno sodišče glede na vse okoliščine obravnavanega primera.